Bavar.
2459 r
Seuffert

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück,

nun herausgegeben

von

Friedrich Steppes.

Neue Folge XIII. Band.
Der gesammten Folge XXXIII. Band.

Erlangen, 1868.
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

18 D
Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Alphabetisches Register

zum

dreiunddreißigsten Bande der Blätter für Rechtsanwendung.

Neue Folge XIII. Band.

Seite

Actio emti s. Kauf.
Actio Pauliana s. Paulianisches Rechtsmittel.
Actio redhibitoria s. Wandelungsklage.
Administration s. Fideikommiß.
Aktiengesellschaften: inwieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung? 216
Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes 369
Anerkennung eines Kindes vor dessen Geburt 268
Ansbach, Markgrafschaft: Natur des dortigen ehelichen Güterrechtes 230
Anwaltsgebühren: Zuständigkeit für die Klage auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen 53
Desgleichen für die Klage auf Zahlung der Deserviten, welche dem Anwalte durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind 113
Appellation s. Berufung.
Arglist: Actio emti wegen Arglist des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria 305
Arrest: Realarrest gegen einen Inländer 89
Auftrag; Bereicherung durch Geldempfang eines Dritten, wenn der Zahlende im Auftrage des Empfangsberechtigten handelte 409

Digitized by Google

Seite

Augsburg: das in dieser Stadt geltende eheliche Güterrecht ist nicht allgemeine Gütergemeinschaft 230

Auslobung: technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch solche veranlaßten Werkes . 37

Bamberg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 251

Baupflicht: über die Verbindlichkeit zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge für Kultusgebäude 321

Bayerisches Recht s. Ehescheidung. Offiziere à la suite.

Bayreuth: allgemeine Gütergemeinschaft nach dem dortigen Rechte 242, 247, 248, 249

Ueber die Errungenschaft bei der dortigen Gütergemeinschaft . . . . . 249 Note 63, 304

Bedingung: in die Willkür des Verpflichteten gestellte . 254

Beisitz 246

Beneficium cedendarum actionum: Umfang und Voraussetzung des dem Bürgen zustehenden . . 150

Berufung: Devolutiveffekt derselben bezüglich alles dessen, was von der Beschwerde abhängt 322

Devolutiveffekt derselben bezüglich der Provisorien . . 160

Besitz: Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes für die übernommene Hypothekenschuld nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes 105

Betrug: durch absichtliche Entstellung des vor dem Notar erklärten Willens der Kontrahenten 356

Kompetenz zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung wegen betrüglicher Verleitung zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Schuldforderung 204

Beweis s. Unvordenklichkeit.

Bezirksgericht s. Einzelnrichteramt.

Brandassekuranz s. Baupflicht.

Brandstiftung: Natur der Entschädigung bei einer durch Lokomotivfunken verursachten 124

Bürgschaft: Umfang und Voraussetzungen des beneficium cedendarum actionum 150

Regreß gegen Mitbürgen 391

Castell: über die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft nach dem Rechte dieser Grafschaft 243, 258

S. auch fränkisches Recht.

Cession: über die zur Cession von Hypothekenkapitalien nothwendige Form 1, 65, 106, 138, 177, 193

Genügt die notarielle Beurkundung der einseitigen Cessionserklärung des Cedenten zur Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung? 136, 138, 182

Digitized by Google

Seite

Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189, 357, 365

Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig 282, 286

Form der Cession von Forderungen, welche mit einem Hypothekentitel versehen sind 196

Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg . . . . . Beilage zu Nr. 9 S. 144

Civilrecht s. Offiziere à la suite.

Delegation: eine solche nach Art. 28 Abs. 1 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 ist auch an jene Einzelrichterämter zulässig, welche sich am Sitze des Bezirksgerichtes befinden 159

Devolutiveffekt s. Berufung.

Dies s. Zeitbestimmung.

Diffamation: Begriff derselben 173

Dinkelsbühl: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte 242, 247, 250

Dispositionsbefugniß des Ehemannes bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten . . 241

Dispositionsbeschränkung: Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden 310

Dolus s. Arglist.

Dollmann, C. Fr. von: zur Erinnerung an denselben . 12

Domkapitel, bischöfliche: sind dieselben, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? 327, 337

Dos s. Heirathgut.

Drohbrief s. Erpressung.

Ehehaften: über die zur erlöschenden Verjährung derselben erforderliche Zeit 78

Ehe s. Güterrecht, Legitimation.

Ehekonsens: die Klagen auf Supplirung desselben gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. . . 116

Ehemann: dessen Dispositionsbefugniß während der Ehe bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten 241

Dessen Befugniß zur Veräußerung von Gegenständen, welche zum Heirathgut gehören, bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft. Fränkisches Recht 53

Ehescheidung: das Wort „Geding" im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen 200

Digitized by Google

Seite

Eheverlöbniß: Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen 289
Eheverträge: Statutenkollision über deren Form . . . 140
Eichstädt: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 258, 261
Eid: die Bestimmung der GO. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 findet auch nach dem Gesetze v. 29. Juni 1851 über die bürgerl. Rechte der Israeliten auf solche keine Anwendung . . . 110
Eigenthumsvorbehalt mit gleichzeitiger Hypothekbestellung 412
S. auch Konkurseröffnung.
Einreden: Exceptio non rite impleti contractus. Substanzirung derselben. Retentionsrecht 310, 313
Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches 385
Unzulässigkeit der Revision gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse über Verwerfung einer gerichtsablehnenden Einrede 8
Einzelrichteramt: Die Entscheidung darüber, ob und in wieweit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem requirirten Stadt- oder Landgerichte zu 372
Das Einzelnrichteramt, welches auf Requisition eines Handelsgerichtes eine Immobiliarexekution vollzogen hat, ist für die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der bei Durchführung dieser Exekution erwachsenen Deserviten zuständig 113
Delegation an ein solches, welches sich am Sitze des Bezirksgerichtes befindet, ist nach Art. 28 Abs. 1 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 zulässig 159
Entschädigung: Natur der desfallsigen Verbindlichkeit wegen eines durch Lokomotivfunken verursachten Brandes. 124
Versprechen einer solchen wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheversprechen 289
Erbach: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft in dieser Grafschaft 243, 251
Erbeinsetzung eines Domkapitels 327
Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten 257
Erbverträge: das Wort „Geding" im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen 200
Erfüllungseid s. Eid.
Erkenntniß s. Urtheil.
Erpressung: Versuch einer solchen durch Zusendung eines Drohbriefes. Zuständigkeit 280

Digitized by Google

Seite

Errungenschaft: wem gehört sie auf Ableben eines Ehegatten nach Bayreuther Recht? . . . . 249 Note 63, 304
Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des fränkischen Rechtes dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern 53
Ersatz: Umfang der Verbindlichkeit hiezu, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann 316
Ersitzung: über den zur Ersitzung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben 23
Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut . 298
Exekution s. Vollstreckung.
Exekutivprozeß: die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes in demselben angestellt werden 320

Färber: Zuständigkeit bei der Forderung gegen einen solchen für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe 121
Familienfideikommisse s. Fideikommisse.
Fallrecht 235
Feuerversicherung s. Baupflicht.
Fideikommisse: Zuständigkeit zur Aufstellung und Ueberwachung deren Admistration bei ausgebrochener Gant . . 27
Ersitzung von Reallasten gegen solche 298
Form der Rechtsgeschäfte s. Cession. Hypothekforderung. Immobilienkäufe. Nahrungsverträge.
Forstrechte: Beweis der Unvordenklichkeit derselben . . 35
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 251
Fränkisches Recht s. Castell. Ehekonsens. Eheverträge. Errungenschaft. Nahrungsvertrag. Reclamatio uxoria. Schweinfurt. Würzburg.
Fristen- und Nachlaßgesuch: Einfluß eines ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung unter das Gantverfahren vom Schuldner gestellten auf die Kompetenz der Handelsgerichte zur Fortsetzung der Partikularexekutionen. 395
Desgleichen bei einem mit eventueller Insolvenzerklärung verbundenen 273
Fürth: daselbst geltendes eheliches Güterrecht 232
Fugger-Babenhausen: eheliches Güterrecht im Fürstenthum 232
Fulda: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 258. 260, 264
Furcht: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch dieselbe bei der Tödtung 97

Geding: Bedeutung dieses Wortes im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 200

Digitized by Google

Seite

Gemeinschaft: Rückgabe einer von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändeten untheilbaren Sache 345
S. auch Gütergemeinschaft.
Genossenschaft bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten 265
Gerichtsstand pensionirter bayerischer im Auslande wohnender Militärbeamten 9
Gerichtsstand des Arrestes 90
Gerichtsstand der gelegenen Sache für die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Vormerkung gerichtete Klage 127
S. auch Kompetenz.
Gerichtsverfassungsgesetz v. 10. Nov. 1861: zu dessen Art. 28 Abs. 1 159
Gesammte Hand 233, 241
Gesammteigenthum bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft 266
Gesellschaft als Prinzip der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft 264
Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Not.-Ges. Art. 14. Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes 387
Giro: die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte 161
Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, hiedurch allein schon auch zur Erhebung der Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers verpflichtet? 300
Wirkung des Indossamentes, wenn neben der Wechselausstellung für dieselbe Forderung auch hypothekarische Sicherheit bestellt ist 111
Glück, Chr. C.: zur Erinnerung an denselben 12
Gütereinheit 235
Gütergemeinschaft: die allgemeine der bayerischen Statuten 225, 241, 257
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 251
Güterrecht, eheliches: Statutenkollision in Beziehung auf dasselbe 47
Gutszertrümmerung s. unter: Gesellschaft.

Haftung: ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189
Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine-bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig 282, 286

Digitized by Google

Seite

Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung . . 310
Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes . . 105
Handelsgerichte s. Kompetenz in Civilsachen.
Handlohn: Beweis der Unvordenklichkeit bei dem Anspruche auf Erhebung eines höheren als fünfprozentigen . . . 34
Heirathgut: Veräußerung dazu gehöriger Sachen durch den Ehemann bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft. Fränkisches Recht 53
Hohenlohe: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Landrechtes 243, 246, 248, 249
Hypothek: über die Form der vertragsmäßigen Bestellung einer solchen 145
Bestellung einer solchen für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde 348
Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Not.-Ges. 177, 193
Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung 412
Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung. Wirkung des Indossamentes . . . 111
Hypothekenbuch s. Oeffentlichkeit.
Hypothekengesetz: zu dessen §§. 13, 15, 16, 46 und 107 145
Ueber das Verhältniß des §. 16 desselben zu Art. 14 des Not.-Ges. 180
Zu dessen §. 107 182
Hypothekforderungen: sind sie zu den Mobilien oder zu den Immobilien zu rechnen? 196
Ueber die zur Cession derselben nothwendige Form 1, 65, 106, 138, 177, 193
Zur giltigen Cession derselben ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist . . 136
Ist notarielle Beurkundung erforderlich, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt? 189, 357, 365
Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig 282, 286
Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes, welcher bei Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes . . . 105
Hypothekklage: die dingliche kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Exekutivprozesse angestellt werden 320

Digitized by Google

Seite

Hypothekvormerkung: die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer solchen gerichtete Klage ist eine dingliche 127
Immobiliarexekution: Kompetenzausscheidung zwischen den Handelsgerichten und Einzelrichterämtern bezüglich derselben 372
Immobilien: ob Hypothekenforderungen zu denselben oder zu den Mobilien zu rechnen sind? 196
Immobilienkauf: nachträgliches Uebereinkommen zu einem solchen. Not.-Ges. Art. 14 383
Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen der notariellen Verbriefung nicht 61
Substanzirung der gegen einen notariell beurkundeten Kaufvertrag erhobenen Einrede der Simulation 185
Kondizirung des aus einem nichtigen Immobilienkaufe Gegebenen 409
Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde 209
Incasso s. unter Giro.
Indossament s. Giro.
Ingolstadt: eheliches Güterrecht daselbst 231
Inhaberpapiere: Vindikation von solchen 79
Insolvenzerklärung s. Konkurs.
Irrthum bei Errichtung von Notariatsurkunden . . . 353
Israeliten: durch das Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte derselben betr., ist die Bestimmung der GO. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 nicht abgeändert 110
Juden s. Israeliten.
Juristische Person der Domkapitel 327, 337
Der Ehegatten, welche in ehelicher Gütergemeinschaft leben 265

Kauf: actio emti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren 305
S. auch Immobilienkauf.
Kaufbeuren: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft daselbst 243 258, 260, 263
Kaufleute: ob Lithographen solche sind 50
Kaution: juratorische zur Abwendung eines Arrestes . . 90
Ueber die Form der Bestellung hypothekarischer Kautionen 177 179, 193, 196
Ist zur Kautionsleistung für die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit einer cedirten Hypothekforderung notarielle Beurkundung erforderlich? 189
Kempten, Fürstenthum und Stadt: allgemeine Gütergemeinschaft in denselben 242, 247, 250
Kollision s. Statutenkollision.

Digitized by Google

Seite

Kompetenz in Straffachen: wegen betrüglicher Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Forderung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Unterzeichnung der Urkunde stattfand 204

Wegen eines Erpressungsversuches durch Zusendung eines Drohbriefes ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist 280

Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, worin er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, ist wegen Vergehens des Jagdfrevels das Gericht des Jagdgebietes, in welches hinübergeschossen wurde, zuständig 169

Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande begangenen strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält 238

Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die Einstellung des Strafverfahrens erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgeschriebenen Verhaftsbefehls unterblieb . . 278

Das bürgerliche Strafgericht, von welchem ein Soldat wegen mit Civilpersonen gemeinsam verübter Reate abgeurtheilt wurde, ist gegen diesen Soldaten wegen eines nach der Abtheilung aber vor eingetretener Rechtskraft von ihm allein verübten Vergehens zuständig 92

Die in die aktive Armee eingereihten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze v. 30. Januar 1868 wegen Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten 379

Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienstpräsenten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen war 144

Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstpräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat . . . 206

Kompetenz in Civilsachen: Gerichtsstand für die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage 127

Die Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses gehören auch in den vormals fränkischen Fürstenthümern vor die Bezirksgerichte 116

Digitized by Google

Seite

Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges verkauft und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalkonkurses gegen denselben das Gericht des Wohnsitzes zuständig 163

Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen des Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig 27

Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes für die Klage gegen einen Färber auf Zahlung der demselben zum Geschäftsbetriebe gelieferten Farbstoffe 121

Desgleichen gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine 49

Zuständigkeit des Handelsgerichtes bei der Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft wegen der zu ihrem Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien 369

Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei der Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel 161

Desgleichen bei der Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen Deserviten 53

Zuständigkeit des Einzelnrichteramtes, welches auf Requisition eines Handelsgerichtes eine Immobiliarexekution vollzogen hat, für die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der bei Durchführung dieser Exekution erwachsenen Deserviten 113

Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung des Schuldners unter das Gantverfahren berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekution gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen 395

Dagegen dürfen die Handelsgerichte nicht mehr mit Exekutionen vorschreiten, wenn das ordentliche Gericht auf ein von dem Schuldner unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch wegen des in Aussicht stehenden Konkurses Vermögensbeschlagnahme und Einstellung der Partikularexekutionen verfügt hat . . 273

Die Entscheidung darüber: ob und inwieweit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem requirirenden Einzelnrichteramte zu 372

Kompetenzkonflikte unter Gerichten:

Digitized by Google

Seite

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes hierüber in Civilsachen: 9, 27, 49, 53, 113, 116, 121, 161, 163, 273, 369, 372, 395.
Desgleichen in Strafsachen: 92, 144, 169, 204, 206, 238, 278, 280, 379.
Kondiktion: Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen 409
Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobiliarkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde 209
Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann 316
Konkurs: Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener" nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822 401
Konkurseröffnung s. unter Kompetenz in Civilsachen.
Konkursmasse: in dieselbe fällt, was einzelne Gläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten 48
Korrealobligationen: vom Regresse bei denselben . . 391

Landgericht s. Einzelnrichteramt.
Landsberg: dort geltendes eheliches Güterrecht 231
Lauk, J. J.: zur Erinnerung an denselben 12
Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt 268
Leuteration s. Redaktionsverstoß.
Liebe: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch dieselbe bei der Tödtung 100
Liedlohn der verbrödeten Diener: über den Begriff desselben nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822 401
Lindau: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 229, 242 Note 36, 247, 250.
Löschungsklage: die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Vormerkung gerichtete ist dinglich 127

Macedonianum SC. s. Senatusconsultum.
Mandat s. Auftrag.
Militärbeamte: Gerichtsstand pensionirter bayerischer, im Auslande wohnender 9
Militärgerichte s. unter Kompetenz in Strafsachen.
Mindelheim: eheliches Güterrecht in dortiger Herrschaft . 232
Miteigenthum der Eheleute bei der allgemeinen Gütergemeinschaft 264
Mobilien s. Immobilien.
Mord. Todtschlag 81, 97

Nahrungsvertrag: Form der Abänderung eines gerichtlich errichteten nach Würzburger Recht 48

Digitized by Google

Seite

Nördlingen: eheliche Gütergemeinschaft nach dem dortigen Rechte . . . . . 228, 242 Note 36, 258, 262

Notariatsgesetz:

Zu Art. 12: Verhältniß desselben zum Art. 14 . . 148

Zur Auslegung desselben 179

Zu Art. 14: Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobiliarkaufe 383

Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen zu ihrer Giltigkeit der notariellen Verbriefung nicht 61

Substanzirung der gegen einen notariell beurkundeten Immobiliarkauf vorzubringenden Einrede der Simulation . 185

Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekenbestellung 145

Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hyp.-Ges. zu Art. 14 des Not.-Ges. 348

Bestellung und Cession von Hypotheken 177, 193

Ueber die zur Cession von Hypothekforderungen nothwendige Form 1, 65, 106, 138

Genügt die notarielle Beurkundung der einseitigen Cessionserklärung des Cedenten zu einer solchen Cession? 136, 138, 182

Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich 189, 357, 365

Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig 282, 286

Ueber die Cession einer Forderung, welche mit einem Hypothekentitel versehen ist 196

Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens 387

Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen Vergleiches 415

Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen 409

Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde 209

Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann 316, 319

Ueber Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Protokollirung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind 353

Nürnberg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 246, 247, 249

Digitized by Google

Seite

Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs: prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen derselben 385
Oettingen: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte 242, 258, 262
Offiziere à la suite: die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf sie keine Anwendung 325

Pappenheim: allgemeine Gütermeinschaft nach dortigem Rechte 242, 258, 260, 263
Paulianisches Rechtsmittel: was einzelne Konkursgläubiger mittelst desselben erstreiten, fällt in die Konkursmasse 48
Pekulien: Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß 155
Person s. juristische Person.
Preisbewerbung s. Auslobung.
Prioritätsgesetz v. J. 1822: über den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener" nach dessen §. 12 Nr. 4 . 401

Reallasten: Klage auf Fortentrichtung von solchen. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objektes. Ersitzung derselben gegen ein Fideikommißgut . . . 294, 296
Rechtern-Limpurg: eheliches Güterrecht in dieser Grafschaft . . . . . 232 Note 22
Reclamatio uxoria des fränkischen Rechtes 243
Redaktionsverstoß: Beseitigung eines solchen . . . 368
Regreß: gegen Mitbürgen 391
Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeidnng der Haftung für Schadensersatz anzustellen? . . 300
Retentionsrecht: Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. Exceptio non rite impleti contractus . 310
Rieneck: eheliches Güterrecht dortiger Herrschaft 232
Rothenburg a. d. Tauber: eheliches Güterrecht daselbst . 230

Schuldbriefe au porteur s. Inhaberpapiere.
Schweinfurt: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte 243, 258
S. auch fränkisches Recht.
Senatus consultum Macedonianum: die Einrede aus demselben findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß 155

Digitized by Google

Seite

Simulation: Wirkung der bei Errichtung einer Notarsurkunde vorgehenden 287, 355
Substanzirung der desfalls gegen ein notariell verlautbartes Rechtsgeschäft vorzubringenden Einrede 185
Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde 209
Societas s. Gesellschaft.
Soldaten s. unter Kompetenz in Strafsachen.
Staatsdienstpragmatik v. 1. Jan. 1805: über den Begriff der Versorgung im Sinne derselben 171
Stadtgericht s. Einzelnrichteramt.
Stapelrecht: Beweis der Unvordenklichkeit desselben. 22 Note 1
Statutarrechte, bayerische s. Gütergemeinschaft.
Statutenänderung s. Aktiengesellschaft.
Statutenkollision: in Beziehung auf eheliche Güterververhältnisse 47
Desgleichen hinsichtlich der Form der Eheverträge . . . 140
Staufen: eheliches Güterrecht dieser Herrschaft 231
Subhastation: von Einzelnrichterämtern auf Requisition der Handelsgerichte vorgenommene, desfallsige Kompetenzausscheidung 372
Subskription s. Aktiengesellschaft.

Theilrecht 235
Thurnau: allgemeine Gütergemeinschaft daselbst 227, 242 Note 36, 251 Note 69
Thurn und Taxis: Civilgerichte dieses Herrn Fürsten zu Regensburg . . . . . Beil. zu Nr. 9 S. 144
Todtschlag und Mord 81, 97

Ulm, eheliches Güterrecht daselbst 230
Untheilbarkeit s. Verpfändung.
Unvordenklichkeit: über deren Beweis bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können 17, 33
Deren Beweis bei Forstrechten 35
Desgleichen beim Handlohn 34
Desgleichen bei Stapelrechten . . . . . 22 Note 1
Unvordenklichkeit bei Reallasten, welche auf Fideikommißgütern haften 299
Urtheil: Redaktionsverstoß in einem solchen 368

Vergleich: vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen 415
Verjährung: über die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften erforderliche Zeit 78
Ob Unvordenklichkeit als solche zu betrachten sei? . . . 17

Digitized by Google

Seite

Verlöbniß s. Eheverlöbniß.
Vermittlungsamt s. Vergleich.
Verpfändung: eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden 345
Versorgung: über den Begriff derselben im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805 171
Vertrag: mittelst Auslobung abgeschlossener 41
Wesentliche Bestimmungen eines solchen 286
Bedingung und Zeitbestimmung in die Willkür des durch denselben Verpflichteten gestellt 254
Exceptio non rite impleti contractus, Retentionsrecht . 310
Kondizirung des aus einem nichtigen Vertrage Gegebenen. 409
Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann 316
Ueber Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen 353
S. auch Notariatsgesetz Art. 14.
Vindikation von Inhaberpapieren 79
Vormerkung s. Hypothekvormerkung.

Wandelungsklage: Verhältniß derselben zur Kaufklage wegen Arglist des Verkäufers. Verjährung derselben . . 305
Wechsel s. Giro.
Weißenburg: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Stadtrechte . . . . . 129, 229, 242 Note 36, 258, 261
Wertheim: eheliches Güterrecht dieser Grafschaft . . . 232
Windsheim: allgemeine Gütergemeinschaft daselbst 242 Note 36, 253, 258, 263
Würzburg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 258, 260
S. auch fränkisches Recht.

Zahlung: Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach" abgetragen werden dürfe . . . 157
Zeitbestimmung: in die Willkür des durch den Vertrag Verpflichteten gestellt 254
Zertrümmerung s Gutszertrümmerung.
Zinsen: in wie ferne bei Erhöhung des Zinsfußes eines Hypothekenkapitales Eintrag im Hypothekenbuche erforderlich ist 63
Zorn: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch denselben bei Tödtungen 85
Zurechnungsfähigkeit bei Mord und Todtschlag 81, 97

Digitized by Google

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. 53. — §. 8. Forum arresti. 90. — §. 9. Die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage gehört vor das forum rei sitae. 127. — §. 10. a) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarexekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. 113. b) S. §. 3. — §. 13. a) Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig. 27. b) Zuständigkeit für Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses in den vormals fränkischen Fürstenthümern. 116. c) Ueber die Ausscheidung der Kompetenz zwischen den ordentlichen und den Handelsgerichten s. unten die Abth. F. über Handels- und Wechselprozeß. d) Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten, Rechtsstreiten sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben. 107. — §. 22. Ueber den Rechtsbestand der fürstlich Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte zu Regensburg. Beilage zu Nr. 9 bei S. 144.

Zweites Kapitel. §. 2. a) Statutenkollission in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. b) Desgleichen bezüglich der Form der Eheverträge. 140.

Drittes Kapitel §. 3. a) Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Exekutivprozesse angestellt werden. 320. b) Provisorien während des Schwebens der Sache in der Berufungsinstanz. 160.

Viertes Kapitel. § 5. Begriff der Diffamation. 173.

Sechstes Kapitel §. 2. Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches. 385. — §. 8. Substanzirung der exceptio non rite impleti contractus. 310. — §. 13. S. §. 2.

Siebentes Kapitel §. 9. Umfang der Vollmacht, welche einem Anwalte in der Form eines Wechselgiro zum Inkasso gegeben wird. 300. — §. 10. a) Wo ist die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen

Digitized by Google

Deserviten anzubringen? 53. b) Desgleichen die auf Zahlung der Deserviten, welche dem Anwalte durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind. 113.

Achtes Kapitel. §. 6. Realarrest gegen einen Inländer 89.

Neuntes Kapitel. §. 14. Beweis der Unvordenklichkeit. 17, 22 Note 1, 34 Note 3, 35, 299.

Dreizehntes Kapitel. §. 2. Zu Nr. 7 dieses §. und zum Gesetze v. 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der Israeliten betr. 110.

Vierzehntes Kapitel. §. 9. Beseitigung eines Redaktionsverstoßes. 368.

Fünfzehntes Kapitel. §. 9. Devolutiveffekt der Berufung bezüglich zu erlassender Provisorien. 160. — §. 12. S. Abschn. C zum Prozeßgesetz v. 1837 §. 54.

Sechszehntes Kapitel. §. 5. Leuterationsgesuch zur Beseitigung eines Redaktionsverstoßes. 368.

Siebenzehntes Kapitel. §. 1. Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamt abgeschlossenen Vergleiches. 415.

Achtzehntes Kapitel. §. 7. Kompetenzgrenzen bei den auf Requisition der Handelsgerichte durch Einzelrichterämter vollzogenen Subhastationen. 372. — §. 13. a) Unzulässigkeit der Einstellung der Partikularexekutionen bei Fristen- und Nachlaßgesuchen ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung unter das Gantverfahren. 395. b) Zulässigkeit solcher Einstellung, wenn das Arrangementsgesuch unter eventueller Insolvenzerklärung gestellt wird. 273.

Neunzehntes Kapitel. §. 2. Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalkonkurses das Gericht des Wohnsitzes zuständig. 163. — §. 3. S. Kap. XVIII §. 13 a und b. — §. 18. Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig. 27. — §. 19. Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse. 48.

B. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 12. Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener" nach Nr. 4 dieses §. 401.

C. Prozeßgesetz vom 17. November 1837.

§. 54. Die Revision gegen zwei Erkenntnisse, durch welche die gerichtsablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichförmig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist. 8.

Digitized by Google

D. Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 26. Die Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. 116.

Art. 28. Delegation nach Abs. 1 dieses Artikels. 159.

Art. 76. a) S. Art. 26. b) Ueber den Rechtsbestand der fürstlich Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte zu Regensburg. Beilage zu Nr. 9 bei S. 144.

E. Notariatsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 12. Bedeutung desselben für das Hypothekenwesen 148, 177.

Art. 14. a) Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobiliarkaufe. 383. b) Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen zu ihrer Giltigkeit der notariellen Verbriefung nicht. 61. c) Substanzirung der gegen ein notariell beurkundetes Rechtsgeschäft vorgeschützten Einrede der Simulation. 185. d) Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung. 145. e) Rechtsgiltigkeit der Hypothekbestellung für eine fremde Schuld ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hyp.-Ges. zum Art. 14 des Not.-Ges. 348. f) Ueber Bestellung und Cession von Hypotheken. 177, 193. g) Ueber die zur Cession von Hypothekforderungen nothwendige Form. 1, 65, 106, 138. h) Zur Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. 136. i) Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189, 357, 365. k) Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig. 282, 286. l) Ueber die Form der Cession einer Forderung, welche mit einem Hypothektitel versehen ist. 196. m) Der Vertrag, durch welchen eine Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens geschlossen wird, bedarf der notariellen Beurkundung nicht. 387. n) Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen Vergleiches. 415. o) Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen. 409. p) Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde. 209. q) Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. 316. r) Ueber Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind. 353.

Digitized by Google

F. Handels- und Wechselprozeß.

a) Die Forderung gegen einen Färber für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen. 121. b) Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte. 49. c) Die Klage gegen eine Dampfwaschaktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes. 369. d) Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte. 161. e) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. 53. f) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarexekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. 113. g) Umfang der Vollmacht, welche einem Anwalte in der Form eines Wechselgiro zum Incasso gegeben wird. 300. h) Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches des Schuldners ohne gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Gantverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekutionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen. 395. i) Dagegen darf das Handelsgericht nicht mehr mit Exekutionen gegen das Vermögen des Schuldners vorschreiten, wenn das ordentliche Gericht ein von dem Schuldner unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses die Beschlagnahme des Vermögens und die Einstellung der Partikularexekutionen verfügt hat. 273.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

a) Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung. 325. b) Statutenkollision über die Form der Eheverträge. 140. c) Desgleichen in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. d) Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut. 298. e) Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften erforderliche Zeit. 78. f) Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? 327, 337. g) Von Mehre-

Digitized by Google

ren gemeinschaftliche Verpfändung untheilbarer Sachen. 345. h) Nichtigkeit simulirter Verträge. 355. i) Substanzirung der Einrede der Simulation. 185. k) Kondizirung desjenigen, was aus einem Kaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde. 209. l) Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten gestellt. 254. m) Argliftiges Verhalten des Notars oder eines Kontrahenten bei der Vertragsbeurkundung. 355. n) Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches. 385. o) Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. 17, 33. p) Unvordenklichkeit zur Begründung von Reallasten, welche auf Fideikommißgütern haften. 299. q) Unvordenklichkeit als Titel von Forstrechten. 35. r) Desgleichen von Handlohn. 34 Note 3. s) Desgl. von Stapelrechten. 22 Note 1.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Eigenthum. a) Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. 412. b) Vindikation von Inhaberpapieren. 79.

2) Servituten. a) Ueber den zur Ersitzung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben. 23. b) Beweis der Unvordenklichkeit von Forstrechten mit Rücksicht auf Art. 34 des Forstgesetzes. 35.

3) Deutsche Realgerechtsame und besondere Güterverhältnisse. a) Klage auf Fortentrichtung von Reallasten. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objektes. Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut. 294. b) S. 2, b. c) Beweis der Unvordenklichkeit, wenn ein höheres Anfallbandlohn, als zu fünf vom Hundert, begehrt wird. 34 Note 3. d) Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit. 78. e) Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht. 48. f) Der nur subsidiär Baupflichtige ist in der Regel zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge für Kultusgebäude nicht verbunden. 321. g) Stapelrecht. Unvordenklichkeit. 22 Note 1. h) Kompetenz zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses. 27. i) Ersitzung von Reallasten gegen Fideikommißgüter. 298.

4) Pfands-, insbesondere Hypothekenrecht. a) Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden. 345. b) Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung. 145. c) Bestellung und Cession von Hypotheken mit Rücksicht auf Art. 14 des Notariatsgesetzes. 177, 193. d) Hypothekenbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. 348. e) Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. 412. f) Ueber die zur Cession von Hypothekenkapitalien nothwendige Form. 1, 65, 106, 138, 177, 193. g) Zur

Digitized by Google

Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. 136. h) Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189, 357, 365. i) Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftbarkeit pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, ist dann ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig? 282, 286, 357. k) Cession einer mit einem Hypothekentitel versehenen Forderung. 196. l) Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes. 105. m) Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Exekutivprozesse angestellt werden. 320. n) Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches. 385. o) Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung 111. p) Die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage ist eine dingliche. 127.

C. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Gegenstände. a) Regreß bei der Korrealverbindlichkeit. 392. b) Inhaberpapiere. Vindikation derselben. 79. c) Natur der Entschädigungsverbindlichkeit wegen eines durch Lokomotivfunken erregten Brandes. 124. d) Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbnisse. 289. e) Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. 316. f) Haftet für Schadenersatz ein Anwalt, an welchen ein Wechsel zum Inkasso girirt war, wegen unterlassener Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers? 300. g) Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht. 48. h) Form der Eheverträge. Statutenkollision. 140. i) Ueber die durch das Notariatsgesetz v. 10. Nov. 1861 vorgeschriebene Form für einzelne Arten von Verträgen und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen s. oben I, E. S. XX. k) Auslobung. Technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch solche veranlaßten Werkes. 37, 41. l) Simulation bei der Beurkundung von Verträgen. 287, 355. m) Substanzirung der Einrede der Simulation. 185. n) Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach" abgetragen werden dürfe. 157. o) Substanzirung der exceptio non rite impleti contractus. Retentionsrecht. 310. p) Cession von Hypothekenkapitalien und von Forderungen mit Hypothekentiteln, Haftung pro nomine bono bei solchen Cessionen s. unter B, 4 lit. f—k.

2) Einzelne Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen. a) Darlehen. Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt,

Digitized by Google

wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß. 155. b) Pfandvertrag. Gemeinschaftliche Verpfändung einer untheilbaren Sache durch mehrere Personen. Rückgabe des Pfandes. 345. c) Kauf. Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. Retentionsrecht. 310, 313. d) Actio emti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren. 305. e) Kauf von Immobilien, Form derselben und Folgen der Nichtbeachtung dieser Form s. oben unter I, E: zum Notariatsgesetze v. 10. Nov. 1861 Art. 14 S. XX. f) Nahrungsvertrag. Form desselben nach Würzburger Recht 48. g) Mandat, einem Anwalte durch Giro eines Wechsels zum Incasso ertheilt. Umfang desselben. 300. h) Zur Lehre von der Auslobung. 37. i) Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Form des Vertrages über deren Eingehung. Auflösung derselben durch den Tod eines Mitgliedes. 387. k) Bürgschaft. Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden beneficium cedendarum actionum. 150. l) Regreß gegen Mitbürgen. 391, 393.

3) Obligationen aus unerlaubten Handlungen und den übrigen Entstehungsgründen. a) Natur der Entschädigungsverbindlichkeit aus einem durch Lokomotivfunken verursachten Brande. 124. b) Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen. 409. c) Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde. 209. d) Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtigen Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. 316. e) Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse. 48.

D. Familienrecht.

a) Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbnisse. 289. b) Die Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. 116. c) Form der Eheverträge. Statutenkollision. 140. d) Das Wort „Geding" im bayerischen Landrechte Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen. 200. e) Kollision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. f) Begriff des ehelichen Güterstandes der Gütereinheit. 235. g) Die eheliche Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. 225, 241, 257. h) Reclamatio uxoria des fränkischen Rechtes. 243. i) Fortgesetzte Gütergemeinschaft. 251. k) Errungenschaft bei der Gütergemeinschaft des Bayreuther Rechtes. 304. l) Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern nach fränkischem Rechte. 53. m) Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt. 268. n) Die Einrede aus dem SC. Macedonianum findet nicht statt, wenn das

Digitized by Google

Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß. 155. o) Abtheilung des überlebenden Ehegatten mit den Kindern bei der Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. 248.

E. Erbrecht.

a) Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, erbfähige Personen? 327, 337. b) Vermögensauseinandersetzung bei der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, wenn eheliche Gütergemeinschaft nach den bayerischen Statuten bestand. 245. c) Das Wort „Geding" im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nicht vom Erbgedinge zu verstehen. 200.

III. Handels- und Wechselrecht.

a) Inwieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung? 216. b) Dampfwaschaktiengesellschaft. 369. c) Vindikation von Inhaberpapieren. 79. d) Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen den Aussteller oder Acceptanten einzuklagen, vermöge dieses Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers anzustellen? 300. e) Wirkung des Indossamentes bei Wechselausstellung und hypothekarischer Sicherheit für dieselbe Forderung. 111. f) S. auch oben unter I, F: Handels- und Wechselprozeß S. XXI.

IV. Kirchenrecht.

a) Qualität der bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, in vermögensrechtlicher Beziehung. 327, 337. b) Baupflicht an Kultusgebäuden. Verbindlichkeit zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge. 321. c) Eherecht s. unter II, D: Familienrecht S. XXIV.

V. Staatsrecht.

a) Fideikommißadministration bei ausgebrochener Gant über das Vermögen des Fideikommißbesitzers. Kompetenzfrage. 27. b) Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut. 298. c) Ueber den Begriff der Versorgung im Sinne der Staatsdienstpragmatik v. 1. Jan. 1805. 171.

Digitized by Google

VI. Strafrecht und Strafprozeß.

1) Strafgesetzbuch von 1861. Art. 228. 229. Mord. Todtschlag. 81, 97.

2) Strafgesetzbuch von 1813 Th. II Art. 22. a) Wegen betrüglicher Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Forderung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der Urkunde stattfand. 204. b) Wegen eines Erpressungsversuches durch Zusendung eines Drohbriefes ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist. 280. c) Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus worin er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, ist wegen Vergehens des Jagdfrevels das Gericht des Jagdgebietes, in welches hinübergeschossen wurde, zuständig. 169. d) Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die Einstellung des Strafverfahrens erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgeschriebenen Verhaftsbefehles unterblieb. 278.

Art. 27. a) Das bürgerliche Strafgericht, von welchem ein Soldat wegen mit Civilpersonen gemeinsam verübter Reate abgeurtheilt wurde, ist gegen diesen Soldaten wegen eines nach der Aburtheilung, aber vor eingetretener Rechtskraft von ihm allein verübten Vergehens zuständig. 92. b) Die in die aktive Armee eingereihten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze vom 30. Januar 1868 wegen Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. 379. c) Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienstpräsenten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen war. 144. d) Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstpräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat. 206.

Art. 30. Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande begangenen strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält. 238.

Berichtigungen.

S. 309 Z. 18 v. u. statt: „(44, 3), lies: „(4, 44)". Daf. Z. 17 v. u. statt: „(39, 1)" lies: „(19, 1)".

Digitized by Google

Samstag den 4. Jan. 1868. 33. Jahrgang. No. 1.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Obligate Form der Cession von Hypothekforderungen. — Die Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die gerichtsablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichförmig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist. — Ein bayerischer Militärbeamter, welcher seit seiner Pensionirung im Auslande lebt, hat mit seiner Familie seinen Gerichtsstand an dem Orte, wo er zur Zeit seiner Pensionirung in Garnison war. Die Bestimmung, welcher Kommandantschaft der pensionirte Beamte während seines Aufenthaltes im Auslande in militärischer Beziehung untergeordnet sein soll, ist für den Gerichtsstand ohne Einfluß. — Zur Erinnerung an Lauk, Dollmann und Glück.

Obligate Form der Cession von Hypothekforderungen [1]).

Bd. XXXI S. 113, 193, 195, 201, 232, 369; Bd. XXXII S. 340, 369.

Die Polemik über die Frage, ob die Cession von Hypothekforderungen nach Art. 14 des Not.-Ges. an die notarielle Verbriefung gebunden sei, fängt nachgerade an, etwas zu hitzig zu werden; der Artikel S. 369 ff. in Bd. 32 dieser Zeitschrift läßt den nicht sehr leisen Nachklang eines Stoßes in die Kriegstrompete zurück, welcher einige Zeit in dem Ohre fortsumset. Um was handelt es sich denn im Grunde bei dieser Sache?

Zwei Dinge sind von vorne herein ganz ge-

[1]) Bei Aufnahme dieses polemischen Artikels erinnert der Herausgeber an das schon öfter Gesagte, daß diese Blätter der Besprechung praktischer Rechtsfragen, besonders aus der neuen Gesetzgebung, von verschiedenen Seiten her offen stehen, — und behält sich für jeden Fall die Ausführung seiner eigenen Ansicht über die hier bestrittene Frage vor.

Dr. Steppes.

Digitized by Google

wiß; die Hypothek ist ein dingliches Recht an einer Liegenschaft, der Vertrag, welcher ein Hypothekenrecht von einer Forderung auf eine andere, von einer Person auf eine zweite überträgt, betrifft daher ein dingliches Recht an liegenden Gründen und muß, um giltig zu sein, vom Notar errichtet werden. Die persönliche Schuldforderung gehört dagegen zu den beweglichen Gütern, ihre Uebertragung kann mündlich oder unter Privatunterschrift wirksam geschehen. Wenn nun eine Forderung cedirt wird und in Folge hievon auch die auf ihr haftende Hypothek auf den Cessionar übergehen soll, ja, vermöge gesetzlicher Vorschrift als etwas, was dazu gehört, von selbst mit übergeht, läßt sich nun sagen, dieser Vertrag betrifft ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache? Ja, er betrifft es mit, weil er den Uebergang der Hypothek auf einen neuen Inhaber bewirkt, weil ein Mitbetreffen aber immer ein Betreffen selbst ist, beiläufig ebenso wie die Theilnahme an einem Verbrechen selbst Verbrechen und mit diesem auch gleich strafbar ist. Die Hypothek ist von der Forderung an das Schlepptau genommen, das Steuerruder, welches der Forderung eine andere Richtung gibt, bringt daher auch die Hypothek in ein neues Fahrwasser; die Cession, welche das Schiff mit ihren Klauen erfaßt, trifft deshalb nicht etwa blos in einer Nachwirkung, sondern augenblicklich mit dem Schlage, den sie führt, mit dem Griffe, den sie thut, die Hypothek, welche nicht mehr in der Schwebe hängt, sondern nothwendiger Weise dem Impulse weichen, sich in die neue Lage, die ihr geschaffen wird, fügen muß. Die Hypothek wird daher unabwendbar, so lange nicht ein anderes verabredet ist, von der Cession getroffen, mit betroffen, selbst betroffen, man kann beinahe sagen, von der Cession übertroffen, weil die Cession nunmehr ein jüngeres, dem des

Cedenten vorgehendes Recht begründet. Die Hypothek verhält sich zur Forderung, wie das Haus zur Schildkröte, sie ist bestimmt, solche vor Unfällen und Untergang zu schützen, mit dem kleinen Unterschiede, daß die Forderung ohne Pfandrecht fortleben kann, was bei der Schildkröte ohne Haus nicht wohl möglich ist, und daß der Schild erst recht werthvoll wird, wenn das Thier daraus verkommen ist. Wer aber während des Zusammenhanges die Schildkröte trifft, der trifft auch ihren Schild, weil beide nur ein verwachsenes Dasein haben, der Verkauf der Schildkröte würde ohne Zweifel auch unerwähnt die Schaale, die sie auf dem Rücken trägt, in sich begreifen, also mit betreffen, also auch selbst betreffen. Diese Bilder sind wohl kaum so dunkel und schwer verständlich, als die der Apokalypse

Kehren wir zu einer kühleren Anschauung der Sache zurück, so gibt die oben erwähnte Erörterung an ihrem Schlusse selbst zu, daß die Gesetzgebung wohl schwerlich beabsichtigt haben mochte, die Cessionen von Hypothekforderungen vom Bereiche des Art. 14 d. Not.-Ges. auszuschließen. Hievon läßt sich eine Vormerkung nehmen, mit dem Zusatze, daß die Gesetzgebung auch guten Grund hatte, diese Absicht zu hegen, weil die jenem Art. 14 vorschwebende ratio legis auf die Hypothekforderung gleich gut paßt, wie auf das Grundstück selbst. Der ganze Verkehr mit dinglichen Rechten, welche sich an den Grundbesitz heften, sollte einmal auch außer seiner theilweisen Veröffentlichung im Hypoth.-Buche durch das öffentliche Ansehen der Notar.-Urkunden in eine leicht zugängliche Evidenz gesetzt werden; zur vertragsmäßigen Errichtung einer Hypothek ist die Not.-Urkunde erforderlich, obschon auch das Hypoth.-Buch sie ausweisen muß, gewiß mit gleichem Rechte auch zur vertragsmäßigen Uebertragung der Hypothek, da

Digitized by Google

es ziemlich auf Eins hinaus läuft, ob ich Geld herleihe und mir dafür ein Pfandrecht ausbedinge, oder ob ich ein schon ausbedungenes dem Gläubiger abkaufe; der Erwerb der dinglichen Sicherheit für eine Forderung ist überall der Zielpunkt des Gläubigers, nach dem Ausspruche des Pomponius: Plus cautionis in re est, quam in persona. Fr. 25 d. R. J. Dazu kommt noch, daß bei den meisten Hypothekcessionen das Hauptaugenmerk des Cessionars gewiß weit mehr auf das Unterpfand, als auf den persönlichen Credit des Schuldners fällt, wie der oberste Gerichtshof erst unlängst in einer Disziplinarsache gegen einen Notar unterm 30. Juli 1867 ausgesprochen hat (Just.-Min.-Bl. 1867 S. 179 Nr. 4). Zwischen dem Rentenkaufe und dem Darlehen auf Hypothek liegt prinzipiell gewiß eine große Kluft in Mitte; in dem Kapitalienhandel der Stadt München laufen aber die Ewiggeld- und die Hypothekenbriefe in gleichem Schritte neben einander fort, Jedermann fragt mehr nach der Sicherheit, als nach der Natur seiner Berechtigung, der Hypothekenbrief ist in den Augen der meisten Kapitalisten nur ein Träger der erkauften Rente, für den Fall, daß die Gilten oder Zinsen stocken, will der Inhaber so gut als möglich vor Verlust geschützt sein, das ist für ihn die Hauptsache. Ob nun die Cession der Forderung wegen fehlgeschlagenen Ueberganges der daran hängenden Hypothek von Rechtswegen nichtig oder blos der Rescission unterworfen sei, ist eine geringe Deklination der Magnetnadel, die auf das rechte Ziel hinweist; gewiß bleibt immer so viel, daß sich dem Cessionar nie wider Willen zumuthen läßt, die persönliche Forderung, womit der Verkehr ungebunden ist, zu behalten, die Hypothek aber wegen der mißliebigen Laune des Art. 14 des NG. fahren zu lassen; er ist einmal in seinen billigen Erwartungen ge-

Digitized by Google

täuscht, ihm fehlt eine ganz wesentliche Zugabe in seinen Kauf, er braucht diesen nicht zu halten, selbst dann nicht, wenn der Cedent bereit wäre, ihm die vermißte Hypothek nachträglich zu verschaffen; denn jener erhöhte Grad von Ueberlegung, den der Art. 14 d. Not.-Ges. in den vertragschließenden Theilen durch ihre Verweisung vor den Notar erwecken will, muß immer ein zweifacher sein: nicht blos, der weggibt, auch der erwirbt, soll dadurch Anlaß bekommen, sich zur Bereifung seiner Absicht aufzuschwingen; eine gute Forderung mit einer schlechten Hypothek ist immer etwas Anderes, als was der Cessionar zu erwerben bezielt haben mochte.

Die Hypothek macht in den meisten Fällen eine Forderung erst flott und gut, sie hebt nicht selten deren Werth von 25 auf 100 Prozent in die Höhe; eine Forderung mit oder ohne gutes Unterpfand verhält sich daher beiläufig ebenso, wie ein ganzes Haus zu einem solchen, welches die Nacht über zur Hälfte niedergebrannt ist. Sicher ist anzunehmen, daß der Cessionar, welcher sich eine Hypothekforderung unter Privatunterschrift cediren ließ, nicht weiß, daß die Hypothek ihm wegen eines Formfehlers nicht wirksam überlassen ist. Erfährt er solches, so befindet er sich also ganz in der Lage eines Käufers, dem man sagt, das gestern erkaufte Haus sei bereits über die Hälfte niedergebrannt, er habe nur eine Ruine erworben. Er wird sich daher auch mit vollem Rechte auf das fr. 57 de contrah. emt. (18, 1) berufen können: ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellitur emtor, perficere emtionem; die Abtretung der Hypothek ist nichtig, die Cession der Forderung ohne Hypothek braucht er aber nicht zu halten. Die Verpflichtung des Verkäufers geht dahin, das dictum et promissum abzugewähren; zwischen beiden unterscheidet das fr. 19 pr. de

Digitized by Google

aedil. Ed. (21, 1): Sciendum est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum (sc. venditorem) non debere. Der folgende §. 2 zeigt nun, was ein dictum und was ein promissum sei; aus fr. 66 de A. E. V. (19, 1) wissen wir überdies, daß auch rechtliche Eigenschaften, wie die Zuthat einer Dienstbarkeit oder eines Pfandrechtes, Gegenstand eines dictum et promissum sein können. Läßt sich nun wohl bezweifeln, daß, wenn Jemand ein Hypothekkapital cedirt, die Hypothek immer ein promissum und nicht ein bloßes dictum sei? Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet. Fr. 6 D. de her. vel act. vend. (18, 4). Ist die praestatio pignoris wegen eines formellen Fehlers der Uebertragung vereitelt, so fällt auch die innig damit verflochtene venditio nominis in sich zusammen; denn dem Cessionar würde außerdem das doch vom Gesetze bezielte spatium deliberandi für den Erwerb eines dinglichen Rechtes bis zur Besiegelung des Notars entschlüpfen.

Wenn also die Sache so einfach und so natürlich ist, wozu der große Aufwand von civilistischer Gelehrsamkeit, um sie in ein anderes Geleise zu schieben? Wenn der Wortlaut mit dem Grunde des Gesetzes, und beide überdies mit der zugegebenen Absicht des Gesetzgebers übereinstimmen, wie kann es überraschen, daß die oberstrichterliche Rechtsprechung bei diesem Ziele anlangt? Aus Allem tritt vielmehr hervor, daß im Geiste des Art. 14 d. Not.-Ges. ein Vertrag auch dann ein dingliches Recht an einer Liegenschaft betrifft, wenn das letztere in nächst mittelbarer Folge Gegenstand des ersteren ist, wenn er dessen Entstehung, Uebergang oder Erlöschung bewirkt.

Das Bedauerliche bei diesem gelehrten Kampfe der Meinungen, dessen weitere Fortsetzung nicht über-

Digitized by Google

raschen soll, ist nur das geringe praktische Interesse, was sich an die Bekämpfung der bisher gleichförmig festgehaltenen Ansicht des obersten Gerichtshofes anknüpft. Es kann sich dabei um Nichts als die Ersparung der Brieftaxe, des Stempels und der Notariatsgebühr handeln, alle drei sind aber nur unbedeutend. In den Basiliken oder Gerichtshallen des alten Rom saßen die Tabellionen bekanntlich zu offenem Kram und Laden; die Amtsstuben unserer Notare sind von Morgens bis Abends offen, wie die Buden der Geldwechsler. Wer ein Hypothekkapital cediren oder cedirt übernehmen will, darf nur eintreten und eine kleine Urkunde darüber aufnehmen lassen; im Hypoth.-Buche muß die Sache ja doch zur Sicherheit des Cessionars auf alle Fälle berichtigt werden [2]). Wozu also das beharrliche Sträuben gegen die notarielle Verlautbarung und deren Erforderniß? Dem gelehrten Vertheidiger dieser Abneigung war vielleicht bei der eifrigen Entwickelung seiner Einwürfe das glückliche Wort des Fürsten Talleyrand im Augenblicke nicht gegenwärtig, mit dem er die Instruktion für einen feurigen Gesandten schloß:

Surtout pas trop de zèle.

* * * *

---

2) In der allgem. Zeitung, Beilage vom 15. Dezemb. 1867 S. 5583 schlägt ein Münchner Korrespondent h., der dem Ges.-Geb.-Ausschuß der K. d. Abg. ziemlich nahe zu stehen scheint, die elektive Zulassung des Indossamentes von Hyp.-Briefen auf Namen oder auf Inhaber statt der notariell verlautbarten Cession als ein Mittel der Geschäftsvereinfachung vor.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Die Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die gerichtsablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichförmig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist.

Vgl. Bd. V S. 248; Bd. VI S. 71, 374; Bd. VII S. 361 und Plen.-Beschl. d. ob. Gerichtshofes v. 13. Dez. 1848, Rbl. 1849 S. 12.

In einem Exekutivprozesse war in beiden Instanzen die Einrede der Inkompetenz der ordentlichen Gerichte — weil angeblich eine Handelssache vorliege — verworfen, und der Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage bezüglich der vorgeschützten Einrede der Zahlung verurtheilt worden, die eingeklagte Darlehensforderung zu 1000 fl. zu bezahlen. Der Beklagte wendete in beiden Beziehungen die Revision ein, welche als unzulässig abgewiesen wurde aus nachstehenden Gründen:

„Nach §. 54 Nr. 6 des Proz.-Ges. v. 17. Nov. 1837 ist die Revision gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen unter der Voraussetzung im Exekutivprozesse unstatthaft, daß dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß auch die Frage über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in den Vorinstanzen Gegenstand des Streites gewesen, und in der Revision zum Gegenstande der Beschwerde gemacht worden ist. Wenn der oberstrichterliche Plenarbeschluß vom 13. Dez. 1848 die Zulässigkeit der Berufung zur

dritten Instanz gegen die in zwei Instanzen gleichförmig ausgesprochene Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede davon abhängig macht, daß über den gleichzeitig in der Hauptsache erlassenen Ausspruch Berufung ergriffen wird, so hat dieses sachgemäßer Weise den Sinn, daß die materielle Würdigung des Streites durch die eingelegte Berufung Gegenstand der oberstrichterlichen Aburtheilung geworden sei, weil der Richter zu dieser nur gelangen kann, wenn die Kompetenzfrage bejahend entschieden ist. Ist aber diese materielle Würdigung selbst nach Maßgabe des Streitgegenstandes ausgeschlossen, so kann die Einlegung einer unzulässigen Berufung in der Hauptsache auf die Zulassung der Beschwerde im Betreffe der gerichtsablehnenden Einrede keine Wirkung äußern; eine Entscheidung über dieselbe wäre überflüssig. Es war demnach die Revision als unzulässig abzuweisen."

OAGE. v. 15. Okt. 1867 RNr. $1062^{66}/_{67}$.

§.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Ein bayerischer Militärbeamter, welcher seit seiner Pensionirung im Auslande lebt, hat mit seiner Familie seinen Gerichtsstand an dem Orte, wo er zur Zeit seiner Pensionirung in Garnison war.

Die Bestimmung, welcher Kommandantschaft der pensionirte Beamte während seines Aufenthaltes im Auslande in militärischer Beziehung untergeordnet sein soll, ist für den Gerichtsstand ohne Einfluß.

Am 23. Juli 1867 war zu Freiburg im Großherzogthum Baden Anna Josepha, Gattin des k.

Digitized by Google

bayeriſchen penſionirten Regimentsauditors X. geſtorben. Der gedachte k. Auditor war in der letzteren Zeit vor ſeiner am 22. Juli 1860 erfolgten Penſionirung der k. Stadtkommandantſchaft Nürnberg zugetheilt geweſen und hatte ſich von da mit allerhöchſter Erlaubniß in das Großherzogthum Baden begeben.

Ueber den erwähnten Todesfall iſt an die k. Stadtkommandantſchaft Aſchaffenburg Anzeige erſtattet worden, weil der gedachte k. Auditor ſeit ſeiner Penſionirung und ſeit der Verlegung ſeines Wohnſitzes in das Ausland der genannten Kommandantſchaft in dienſtlicher Beziehung unterſtellt war.

Dieſe Behörde theilte die ihr gemachten Mittheilungen dem k. Stadtgerichte Nürnberg als forum des letzten Wohnortes, welchen der Auditor X. in Bayern gehabt hatte, zur Erledigung mit.

Letzteres aber gab mittelſt Note vom 12. Aug. 1867 die Akten an das k. Stadtgericht Aſchaffenburg ab, weil es der Anſicht war, daß dieſes Gericht wegen der dienſtlichen Zutheilung des Auditors X. an die dortige Stadtkommandantſchaft zuſtändig ſei.

Das k. Stadtgericht Aſchaffenburg lehnte nun in einer unter dem 24. deſſ. M. an das k. Stadtgericht Nürnberg erlaſſenen Note ſeine Zuſtändigkeit ab. Da jedoch das k. Stadtgericht Nürnberg auf ſeiner früheren Anſicht beharrte, lag ein verneinender Kompetenzkonflikt vor, welcher vom oberſten Gerichtshofe dahin entſchieden wurde,

daß zur Behandlung der vorerwähnten Verlaſſenſchaft das k. Stadtgericht Nürnberg zuſtändig ſei.

Dieſem Ausſpruche ſind nachfolgende Gründe beigegeben:

Durch die erwachſenen Akten, insbeſondere die

Schreiben der k. Stadtkommandantschaft Aschaffenburg, steht fest, daß der Ehegatte der Erblasserin, der k. Regimentsauditor X., ehe er pensionirt wurde und seinen Wohnsitz im Großherzogthum Baden nahm, seine Garnison in Nürnberg hatte, wo er im aktiven Militärdienste stand, daß sonach Nürnberg vor seiner Uebersiedelung in das Ausland sein und seiner Ehefrau letzter Wohnort in Bayern war, so wie, daß er mit seiner Gattin nie, wenigstens in neuerer Zeit nicht, in Aschaffenburg gewohnt habe.

Es ist ferner durch die Akten und auch durch die eigene Erklärung des Auditors X. konstatirt, daß weder er, noch seine verlebte Ehefrau, aus dem bayerischen Staatsverbande getreten sind. Es ist daher unzweifelhaft, daß nur ein bayerisches Gericht zur Auseinandersetzung der vorwürfigen Verlassenschaft zuständig ist, weil jeder bayerische Staatsangehörige, so lange er diese Eigenschaft behält, unter der Jurisdiktion der bayerischen Gerichte verbleibt, soweit Jurisdiktionsverträge mit auswärtigen Staaten nichts Anderes bestimmen.

Dieß wird auch von den in Konflikt begriffenen Gerichten anerkannt. Von den bayerischen Gerichten, deren Zuständigkeit hier überhaupt in Frage kommen kann, ist dieselbe aber demjenigen Gerichte zu vindiziren, in dessen Bezirk die X.'schen Eheleute vor ihrem Wegziehen in das Ausland ihren letzten Wohnsitz hatten, weil dieses Wegziehen an deren allgemeinem Gerichtsstande eine Aenderung nicht hervorbrachte, denselben weder bei einem badischen Gerichte, noch bei einem anderen bayerischen Gerichte neu begründete. Das mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraute Gericht, in dessen Bezirke der k. Auditor X. mit Frau zuletzt in Bayern domizilirte, ist aber das k. Stadtgericht Nürnberg.

Dieses hält sich deßwegen für unzuständig,

Digitized by Google

weil der gedachte k. Auditor mit seiner Pensionirung der k. Stadtkommandantschaft Aschaffenburg zugetheilt worden sei; allein mit Unrecht. Wie sich aus dem Schreiben dieser Behörde vom 14. Sept. 1867 ergibt, hat die Zutheilung pensionirter bayerischer Offiziere oder Militärbeamten, welche im Auslande sich aufhalten, an bayerische Kommandantschaften im Inlande nur die Bedeutung, ihnen eine Behörde für jene dienstlichen Beziehungen zu geben, welche durch die Pensionirung nicht gelöst worden sind; insbesondere in Betreff der militärischen Heirathskautionen und ähnlicher Angelegenheiten. Es ist klar, daß, so lange solche pensionirte Offiziere oder Militärbeamte nicht ihren Wohnsitz an dem Orte aufschlagen, wo die auf diese Art bezeichnete Kommandantschaft ihren Sitz hat, für sie ein Gerichtsstand vor den an demselben Orte befindlichen bürgerlichen Gerichten nicht begründet wird; denn hiezu würde erfordert werden, daß mit der Zutheilung der im Auslande lebenden Pensionisten an eine Kommandantschaft des Inlandes die Fiktion eines Domizils ausdrücklich oder der Natur der Sache nach verknüpft wäre, was der Fall nicht ist.

Erk. d. OGH. v. 6. Dez. 1867, UB. Nr. 72.

Zur Erinnerung an Lauk, Dollmann und Glück.

Seit der Unterzeichnete vor nun neun Jahren die Herausgabe der Blätter für Rechtsanwendung übernahm, sind die in der Aufschrift genannten drei Männer zur ewigen Ruhe heimgegangen.

Digitized by Google

Daß nicht alsbald nach Lauk's Tode von demselben in diesen Blättern Kunde gegeben wurde, mag auffallen, da Lauk's Antheil an dieser Zeitschrift von deren ersten Bänden an bis kurze Zeit vor seinem Tode ein eben so eifriger als in den Leistungen ausgezeichneter war. Besonders Jene mochten diese Unterlassung als Impietät ansehen, welche wußten, wie langjährige und innige Freundschaft den Verstorbenen und den Herausgeber verband. Allein der einzige Grund jener Unterlassung war der Umstand, daß bald nach Lauk's Tode in öffentlichen Blättern und gelehrten Zeitschriften, insbesondere auch in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege (Bd. IX S. 277), die den allermeisten Lesern dieser Blätter zur Hand ist, ausführliche und ihre Aufgabe erschöpfende Nekrologe erschienen.

Der gleiche Grund (vgl. die angef. Zeitschrift Bd. XIII S. 663) trat bei Dollmann's Tode ein, welcher seit langer Zeit und bis zu seinem Ende ausgezeichnete Beiträge zu den Blättern lieferte und Mitherausgeber derselben war.

Nur darum wird erst jetzt, wo der Tod eines weiteren Mitarbeiters anzuzeigen ist, auf die Gräber des lieben Freundes Lauk und des verdienstvollen Dollmann der Dank niedergelegt für ihre langjährige und ausgezeichnete Mitwirkung an Seuffert's segensreichem Unternehmen.

Am 14. Oktober 1867 wurde neben den Ruhestätten seiner drei genannten Freunde auch Christian Karl Glück zur Erde bestattet. Er war am 8. Okt. 1791 zu Erlangen geboren, der älteste Sohn des geheimen Hofraths und Professors der Rechtswissenschaft, Dr. Christian Friedrich Glück, des Verfassers des bekannten Pandekten-Kommentars.

Digitized by Google

Schon an Michaelis 1807 bezog er die Universität Erlangen, die er an Ostern 1811 verließ, um zuerst bei dem Landgerichte Uffenheim, dann bei dem zu Erlangen unter Puchta, zuletzt bei dem sehr tüchtigen Advokaten Macco in Uffenheim, zu praktiziren. Im Juni 1816 bestand er mit bestem Erfolge des Staatsdienstexamen und erlangte am 17. April 1817 unter dem Vorsitze seines Vaters die Doktorwürde von der Juristenfakultät zu Erlangen.

Nach einer halbjährigen Funktion am Landgerichte Ansbach wurde Glück im Herbste 1818 zum ersten rechtskundigen Rathe bei dem neugebildeten Magistrate seiner Vaterstadt erwählt, lehnte aber die ihm nach drei Jahren zugedachte Wiederwahl wegen seiner entschiedenen Vorliebe für das Richteramt ab. Seine erste Anstellung in diesem fand er durch seine am 24. Dezember 1821 erfolgte Ernennung zum Assessor des Kreis- und Stadtgerichtes Bayreuth.

Bald darauf, am 16. September 1822, wurde Glück zum Rathe am Kreis- und Stadtgerichte Ansbach befördert. Im August 1827 wurde er Assessor, im Juli 1837 Rath am Appellationsgerichte zu Ansbach. Bei der Verlegung dieses Gerichtshofes nach Eichstätt bat er um Versetzung nach Bamberg, welche am 2. April 1838 bewilligt und von wo er am 19. August 1841 zum Oberappellationsgerichtsrathe befördert wurde. Im Jahre 1852 wurde er durch Verleihung des Verdienstordens vom h. Michael ausgezeichnet.

Nahezu achtzehn Jahre wirkte er am obersten Gerichtshofe und würde seiner Neigung nach diese schöne Thätigkeit noch lange nicht aufgegeben haben, wenn nicht ein dienstlicher Vorgang, bei dem ihn

Digitized by Google

die gewählte Form kränkte, ihn veranlaßt hätte, bei zurückgelegten vierzig Dienstjahren den Ruhestand nachzusuchen, welcher ihm am 11. April 1859 unter Anerkennung seiner treuen und ausgezeichneten Dienstleistung bewilligt wurde.

Als die schönste Periode seines Geschäftslebens bezeichnete Glück allezeit seine Thätigkeit am Appellationsgerichte zu Ansbach, wo er unter ausgezeichneten Vorständen im freundschaftlichen Umgange mit den tüchtigsten Kollegen lebte. Zur innigsten Freundschaft, die nur der Tod lösen konnte, verband er sich dort mit Johann Adam Seuffert, der seit 1834 diesem Gerichtshofe angehörte.

Nicht lange nach seiner Quieszirung bildete sich ein Leiden in den Unterleibsorganen aus, welches ihn zuletzt an das Zimmer fesselte. Ungeschwächt blieb aber seine geistige Kraft bis zum letzten Athemzuge, den er am Abende des 11. Oktober 1867 aushauchte.

Glück war ein Mann von scharfem Verstande und von den umfassendsten und gründlichsten Kenntnissen sowohl in der Rechtswissenschaft als in allen derselben verwandten Zweigen des Wissens. Wie schon erwähnt, war seine liebste Thätigkeit die richterliche, zu der ihn ebenso seine Anlagen und Kenntnisse als sein fester Charakter, seine Gewissenhaftigkeit in der Pflichterfüllung, sein feines Rechtsgefühl befähigten. Seiner schriftstellerischen Thätigkeit verdanken wir außer seinen ausgezeichneten Arbeiten in diesen Blättern eine (systematisch geordnete und mit verweisenden und kritischen Noten versehene) Sammlung ehegerichtlicher Entscheidungen (München, 1864), welcher eine nur zu amtlichem Gebrauche gedruckte Präjudiziensammlung aus der ehegerichtlichen Praxis (1838) vorausgegangen war. Die Blätter für Rechtsanwendung

hatte er mit Seuffert im Jahre 1836 gegründet und sich bis zu seinem Ende an deren Herausgabe betheiligt. Bei Verhinderung Seuffert's besorgte Glück alle Redaktionsgeschäfte. Noch in der vorletzten Woche seines Lebens arbeitete er für die Blätter.

Von hohem Werthe und als historische und kunstgeschichtliche Spezialstudie von Bedeutung ist auch seine reiche, vortrefflich geordnete und mit Nachweisungen versehene Sammlung von Bildnissen.

An der Politik nahm er nur einmal thätigen Antheil, als er von seiner Vaterstadt Erlangen in das Frankfurter Parlament gewählt war, wo er mit der Rechten stimmte. Der Verlauf der Ereignisse veranlaßte ihn in den ersten Tagen des September 1849 zur Rückkehr nach München. Dagegen hat Glück als Kirchenvorsteher der Münchener protestantischen Gemeinde sich zweimal an Generalsynoden mit der ersprießlichsten Wirksamkeit betheiligt.

Glück's Privatleben war von allen Tugenden geziert. Seine Bescheidenheit, sein milder, frommer Sinn, sein thatbereites Wohlwollen nicht nur gegen seine Angehörigen und Freunde, sondern gegen Jeden, dem er nützen konnte, werden im liebenden Andenken Aller bleiben, die ihn kannten. Ueber seinen Werth als Jurist kann das Urtheil einer französischen fachwissenschaftlichen Zeitschrift [1]) angeführt werden, welche seinem Talente und seiner Gelehrsamkeit volle Gerechtigkeit widerfahren läßt.

Dr. Steppes.

---

[1]) Januarheft 1861 der revue de legislation et de jurisprudence, tome XVIII.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 18. Jan. 1868. 33. Jahrgang. No. 3.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. — Ueber den zur Ersitzung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben. — Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig.

Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können.

I. Es gibt ältere und neuere Gesetze, welche bestimmen, daß gewisse Rechte nicht durch Verjährung erworben werden können.

In solchen Fällen ist es nicht zweifelhaft, daß eine gewöhnliche Verjährung, welche beim Eintritte eines derartigen Gesetzes noch nicht vollendet war, durch nachfolgende Besitzhandlungen auch nicht mehr vollendet werden konnte; es frägt sich aber, ob sich diese Wirkung auch auf den Beweis der Unvordenklichkeit erstrecke?

Manche werden mit dem Satze: „ubi lex non distinguit etc.“ schnell bei der Hand sein; wenn aber gezeigt werden kann, daß der unvordenkliche Zustand die Erwerbung eines neuen Rechtes überhaupt nicht bewirke, so wird man auch zugeben müssen, daß ein Gesetz, welches nicht zu-

Digitized by Google

läßt, daß ein neues Recht durch Verjährung erworben werde, nicht auf die Unvordenklichkeit zu beziehen sei.

Ob nun der Zustand der Unvordenklichkeit die wirkliche Erwerbung oder nur die Vermuthung eines Rechtes begründe, ist allerdings eine sehr bestrittene Frage; vergleicht man jedoch die beiderseitigen Gründe, so dürfte das Uebergewicht wohl auf die letztere Seite fallen (vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 344 Nr. 3).

Es soll hier nicht der ganze Streit aus der in diesem Punkte so reichen Literatur wiederholt, sondern nur in aller Kürze dasjenige angeführt werden, was der ersteren Meinung hauptsächlichst entgegensteht und von den Anhängern derselben bisher in genügender Weise nicht widerlegt worden ist.

Würde durch die Unvordenklichkeit ein neues Recht erworben, so müßte man auch einen Zeitpunkt dieser Erwerbung bestimmen können, was aber schlechterdings nicht der Fall ist. Von besonderer Wichtigkeit ist auch die Betrachtung der gegen den Immemorialbeweis stehenden Gegenprobe; zwar nicht derjenigen, welche sich innerhalb der zwei letzten Menschenalter bewegt, wohl aber derjenigen, deren Thatsachen einer noch früheren Zeit angehören.

Wenn Jemand eine bewegliche Sache als Pfand gibt und der Pfandnehmer dieselbe widerrechtlich verkauft, so erwirbt der Käufer, insoferne er in gutem Glauben besitzt, nach drei Jahren das Eigenthum. Möchte der Pfandgeber den glänzendsten Beweis seines Eigenthumes und des an ihm begangenen Unrechtes zu liefern im Stande sein, er dürfte auf eine der Ersitzungszeit vorausgegangene Zeit nicht zurückgehen, weil durch die Ersitzung ein neues Recht erworben und das alte ausgelöscht wird.

Digitized by Google

Ganz anders verhält es sich mit der Unvordenklichkeit. Es ist nämlich mit Grund noch nicht bestritten worden, daß, wenn der Prätendent vollen Immemorialbeweis geliefert hat, dieser Beweis durch Thatsachen entkräftet werden könne, welche einer noch früheren Zeit, als welche jener Beweis umfassen muß, entnommen sind, und welche zeigen, daß der bisherige Zustand einen bestimmten, dem gegenwärtig behaupteten Rechte entgegenstehenden Anfang genommen habe, daß die bisherigen Ausübungen keine Ausflüsse des nun behaupteten Rechtes seien, daß ihnen vielmehr ein anderes älteres Recht oder ein Rechtssatz vernichtend entgegenstehe.

Aus der Zulassung einer solchen Gegenprobe, welche das materielle Recht, so wie es abgesehen von den Wirkungen einer Verjährung besteht, zu ihrem Gegenstande hat, und welche daher in der Richtung gegen jeden Ersitzungsbeweis als ganz und gar unerheblich zu verwerfen wäre, ergibt sich als nächste Folge, daß die Wirkung der Unvordenklichkeit nicht als Ersitzung (Erwerbung), sondern nur als Vermuthung zu bestimmen ist.

Deshalb behandeln die Schriftsteller, welche nur eine Vermuthung annehmen, die Unvordenklichkeit auch nicht in der Lehre von der Verjährung als eine Art derselben, sondern in der Lehre von den Wirkungen der Zeit; sie sprechen ihr den Charakter einer wirklichen Verjährung völlig ab und versagen ihr auch den täuschenden Namen derselben, so wie sie folgerichtig auch die Regel aufstellen, daß ein Gesetz, welches für irgend ein Rechtsverhältniß alle Verjährung untersagt, auf die unvordenkliche Zeit nicht bezogen werden dürfe.

Savigny, welcher (Syst. Bd. IV S. 530) unter diese Schriftsteller zählt und die Auffassung der unvordenklichen Zeit als Verjährung für durchaus verwerflich erklärt, empfiehlt aber dennoch, die

Digitized by Google

bemerkte Regel mit Vorsicht anzuwenden, indem es, da es sich in einem solchen Falle lediglich um die Auslegung eines neuen Gesetzes handle, nicht sowohl darauf ankomme, ob die unvordenkliche Zeit in der That eine Verjährung sei, als darauf, ob sie dieser Gesetzgeber für eine Verjährung angesehen habe.

Es läßt sich die Unanwendbarkeit jener Regel gewiß dann nicht bestreiten, wenn bestimmte Anzeigungen dafür vorliegen, daß der Gesetzgeber auch die Ausschließung der Unvordenklichkeit beabsichtigt habe; wenn aber solche Anzeigungen fehlen, so wird man wohl das Gegentheil annehmen müssen, weil mit Grund vorauszusetzen ist, daß dem Gesetzgeber (wenigstens in unserer Zeit) der Streit, ob Ersitzung oder Vermuthung, nicht unbekannt geblieben sei, und weil es ihm daher, wenn er auch die Unvordenklichkeit ausschließen wollte, ein Leichtes gewesen wäre, durch ausdrückliche Erwähnung derselben jeden Streit zu beseitigen.

Im bayerischen Landrechte ist jedoch die unvordenkliche Zeit entschieden als Verjährung aufgefaßt. Sie wird in Th. II Kap. IV unter den verschiedenen Verjährungsarten als solche aufgeführt und behandelt, und sie bewirkt also vermöge der alle Verjährungsarten umfassenden Bestimmung des §. 1 die Erwerbung des Eigenthumes oder anderer Gerechtsame. In den Anmerkungen (§. 9 Nr. 1 lit. d u. f) wird gesagt, man lasse den Streit, ob die Unvordenklichkeit nicht vielmehr eine praesumtio als eine praescriptio sei, in theoria auf seinem Werthe beruhen; durch die allgemeine Praxis aber, mit welcher sich auch codex konformire, sei diese species praescriptionis einmal rezipirt.

Nichts desto weniger spricht Fhr. v. Kreittmayr in Note 3 doch nur von einer durch die unvordenkliche Zeit begründeten Präsumtion, welche

Digitized by Google

nicht juris et de jure sei, sondern eine Gegenprobe zulasse, so wie er auch in Note 4 (drittens) als feststehende Regel annimmt, daß die unvordenkliche Verjährung unter einem Generalverbote der Verjährung niemals verstanden, sondern allezeit tacite pro excepta gehalten werde, soferne nicht im Gesetze eine ausdrückliche Meldung dieser Präskription in specie geschehe.

Hiedurch geräth der Verfasser der Anmerkungen mit sich zwar in scheinbaren, aber doch nicht wirklichen Widerspruch, weil sich die Kap. IV §. 1 erwähnte Erwerbung des Rechtes auch so denken läßt, daß, wenn der Immemorialbeweis geliefert und nicht durch eine an sich zulässige Gegenprobe elidirt wird, in Folge der hiedurch begründeten Präsumtion das Recht als in unbekannter Vorzeit rechtmäßig erworben betrachtet, erst jetzt aber zur rechtlichen Gewißheit gebracht und durch richterliches Erkenntniß gegen Anfechtung gesichert werde; und weil obenbemerkte Regel, auch wenn man die Unvordenklichkeit als Verjährung auffaßt, doch aus den Eigenthümlichkeiten derselben und insbesondere daraus erklärt werden kann, daß ihre Einführung auf der Erwägung beruht, daß bei einem Zustande, dessen Ursprung durch die Länge der Zeit verborgen ist, auch die Rechtmäßigkeit des Ursprunges nicht Gegenstand des Beweises sein könne, daß aber das Recht darum nicht schutzlos bleiben dürfe.

Puchta (Pand. §. 77 u. Vorles.) geht im Wesentlichen denselben Weg, wie Frhr. v. Kreittmayr, nur ist er sicherer im Gedankengange und bestimmter im Ausdrucke. Er behauptet, daß jener Streit über Ersitzung (Erwerbung) oder Vermuthung ganz unnütz sei, weil sich die Fragen, deren richtige Beantwortung man davon abhängig machen zu müssen glaubte, daß die Wirkung der Unvordenklichkeit nur in einer Vermuthung bestehe, eben

Digitized by Google

so richtig aus dem anderen Prinzipe entscheiden lassen. Bezüglich der Gegenprobe habe man nur nicht anzunehmen, daß dieselbe gegen das Recht, sondern daß sie gegen die unvordenkliche Zeit gerichtet sei, und die obenbemerkte Regel ergebe sich auch daraus, daß die Unvordenklichkeit gerade diejenigen Fälle, wo eine gewöhnliche Verjährung nicht zulässig ist, zur Sphäre ihrer Anwendung habe, weshalb sie, wenn ein Gesetz die Verjährung als Erwerbsart eines gewissen Rechtes nicht zuläßt, erst recht an ihrem Platze sei.

Es geschieht demnach nicht ohne guten Grund, wenn man behauptet, daß, wenn ein Gesetz der bezeichneten Art besteht, und nicht bestimmte Anzeigungen vorliegen, welche die auch auf die Ausschließung der Unvordenklichkeit gerichtete Absicht des Gesetzgebers erkennen lassen, sowohl nach gemeinem als nach bayerischem Rechte zum Beweise der Unvordenklichkeit auch solche Besitzhandlungen zuzulassen seien, welche erst nach Einführung jenes Gesetzes ausgeübt worden sind [1]).

(Schluß folgt.)

---

[1]) Gleiche Behauptung siehe Bl. f. RA. Bd. II S. 329, Bd. X S. 65, Bd. XXII S. 281; Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 305. Ein besonders bemerkenswerther Rechtsfall ist dagegen folgender: eine Stadt am Maine hatte gegen den k. Fiskus wegen Einziehung eines von ihr seit unvordenklicher Zeit ausgeübten Stapelrechtes eine Entschädigungsklage angestellt. Das Appellationsgericht (damals I. Instanz) überbürdete der Klägerin den Beweis der Unvordenklichkeit rückwärts vom Zeitpunkte der Einziehung; der oberste Gerichtshof erschwerte aber diesen Beweis dahin, daß derselbe rückwärts vom Jahre 1356 zu

Digitized by Google

Entſcheidungen des oberſten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Ueber den zur Erſitzung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben.

Es iſt in der Theorie (vgl. z. B. Windſcheid Pand. Bd. I S. 410 in Note 6 mit Vangerow Pand. VI Aufl. Bd. I S. 872 Eing. der Ziff. 3) wie in der Praxis (vgl. Seuffert Archiv Bd. VII Nr. 154, Bd. VIII Nr. 292, Bd. XVII Nr. 14 mit Bd. VIII Nr. 220 u. 236) gleich beſtritten, ob zur Erſitzung der Servituten der Wille erforderlich ſei, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, oder ob dazu der Wille genüge, das fragliche Recht überhaupt als eigenes zu üben, ſo daß auch derjenige die Servitut erwirbt, welcher während der erforderlichen Zeit das Recht an einer fremden Sache, welche er für ſeine eigene hält, ausübte.

---

lieſern ſei. Von dieſem Jahre datirt ſich nämlich die goldene Bulle Kaiſers Karl IV., in welcher beſtimmt iſt, daß derlei Rechte, wie das fragliche Stapelrecht, durch Verjährung nicht mehr erworben werden können. In den Entſcheidungsgründen iſt die Frage, ob durch dieſe Beſtimmung für die Folgezeit auch die Unverdenklichkeit ausgeſchloſſen ſei, gar nicht berührt, deren Bejahung ſohin als ſelbſtverſtändlich angenommen. Das Beweisverfahren dauerte 23 Jahre, indem ganze Maſſen archivaliſcher Urkunden und Aktenbände herbeigeſchafft werden mußten, und endigte im J. 1857, wie vorauszuſehen, mit Entbindung von der Klage, deren Summe mit ihren Acceſſionen nun auf beiläufig eine halbe Million angewachſen war.

Digitized by Google

Der oberste Gerichtshof hat sich für die letztere Ansicht in einem Falle ausgesprochen, dessen Sachverhalt sich aus nachstehenden Entscheidungsgründen ergibt.

„Die beklagte Gemeinde macht geltend, daß der Verjährungserwerb der von der klagenden Gemeinde beanspruchten Weideservitut auf der sogenannten Tradhut deßhalb ausgeschlossen sei, weil Klägerin in dem Vorprozesse behauptet habe, Eigenthümerin der fraglichen Grundfläche zu sein und demnach, wenn sie die beanspruchten Berechtigungen in der Meinung, Eigenthümerin zu sein, ausübte, die Absicht nicht gehabt haben könne, auf fremdem Grund und Boden eine Servitut auszuüben. — Diese Behauptung stellt sich jedoch nicht als begründet dar. Allerdings verlangt das Gesetz zur Erwerbung eines Servitutrechtes durch Verjährung, daß der Erwerbende, indem er die Servitut ausübte, den Willen hatte, ein Recht auszuüben; allein nirgends ist gefordert, daß der Wille gerade darauf gerichtet sein müsse, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben. In den hieher bezüglichen Stellen des römischen Rechtes, nämlich fr. 25 quemadm. serv. amitt. (8, 6), fr. 7 de itinere (43, 19) und fr. 1 §. 19 de aqua quotid. et aest. (43, 20) ist zwar bestimmt, daß derjenige kein Klagerecht habe, welcher einen Weg in dem Glauben benützte, es sei ein öffentlicher Weg, sowie derjenige, welcher es nicht in der Meinung that, ein Recht darauf zu haben, sondern es unterlassen haben würde, wenn es ihm verboten worden wäre; allein zur Begründung eines Klagerechtes wird weder in den allegirten, noch in anderen Gesetzesstellen verlangt, daß der Wille des Erwerbenden speziell darauf gerichtet sein müsse, ein Recht auf fremdem Grund und Boden zu erwerben.

Auch eine Vergleichung der rechtlichen Natur

Digitized by Google

des Eigenthumes und der Servitut spricht für die Richtigkeit der von den beiden Vorinstanzen ihren Entscheidungen zu Grunde gelegten Ansicht.

Wer eine fremde Sache in dem Glauben benützt, daß sie sein Eigenthum sei, nimmt damit alle diejenigen dinglichen Befugnisse an derselben für sich in Anspruch, welche einzeln abgelöst zu besonderen jura in re aliena gemacht werden können; sein animus ist sohin wohl ein weiter gehender, allein er schließt jedenfalls auch diejenige Absicht in sich, die zum Erwerbe einer Servitut erforderlich erscheint.

Mit Recht sagen daher die Gründe zum appellationsgerichtlichen Erkenntnisse, daß die Qualität des Eigenthums- und des Servitut-Besitzes sich gegenseitig nicht ausschließen, sondern sich vielmehr wie das plus zum minus zu einander verhalten.

Es ist hiebei insbesondere auch die eigenthümliche Beschaffenheit des Grundstückes in Betracht zu ziehen, welches den Gegenstand des Vorstreites und des gegenwärtigen Prozesses bildet; dasselbe ist derart beschaffen, daß dessen Benützung hauptsächlich in der Ausübung der Weide besteht. Wenn nun die klagende Gemeinde seit unvordenklicher Zeit diese Weide ausübte und hiedurch sowie durch irrthümliche Auffassung einer Urkunde veranlaßt wurde, das Eigenthum an fraglicher Grundfläche für sich zu beanspruchen, so kann diese irrige Qualifikation ihres Rechtsanspruches den Verlust des wohl erworbenen geringeren Rechtes nicht zur Folge haben.

Revidentin beruft sich ferner auf die Bestimmung in Th. II Kap. V §. 5 des bayerischen Landrechtes, behauptend, es sei dort ausgesprochen, daß es unzulässig sei, den Besitz, den eine Partei bisher und seit rechtsverjährter Zeit als Eigenthumsbesitz hingestellt und geltend gemacht hat, umzuändern

Digitized by Google

und den nämlichen Beſitz als Servitutenbeſitz darzuſtellen und geltend zu machen.

Würde die allegirte Geſetzesſtelle ſo lauten, wie Revidentin ſie anführt, ſo würde dieſelbe allerdings von der beklagten Gemeinde mit Grund für ſich in Bezug genommen worden ſein; allein dieſe Stelle enthält lediglich die dem römiſchen Rechte — fr. 3 §. 19 de acqu. vel amitt. possess. (41, 2) — entnommene Beſtimmung, daß ſich Niemand durch bloſe Einbildung die causa possessionis für ſich ſelbſt abändern könne, und ſteht der Möglichkeit des Verjährungserwerbes einer Servitut im vorliegenden Falle aus dem Grunde nicht entgegen, weil die Klägerin, wenn ſie früher das Eigenthum und jetzt nur ein einzelnes dingliches Recht auf der ſtreitigen Grundfläche beanſprucht, nicht den Titel ihres Beſitzes, ſondern das Objekt ihres Anſpruches geändert hat.

Die von der Revidentin citirte Stelle des bayeriſchen Landrechtes kann daher auf den vorliegenden Fall um ſo minder in Anwendung gebracht werden, als in demſelben ſogar die unvordenkliche Ausübung der Weide behauptet iſt, bei der unvordenklichen Verjährung aber gemäß der Beſtimmung des Landrechtes Th. II Kap. IV §. 6 es auf einen Titel gar nicht ankömmt, dieſer vielmehr durch die Länge der Zeit erſetzt wird.

OAGErk. v. 1. Okt. 1867 Reg.-Nr. $1028^{66}/_{67}$.

77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesitzers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig.

Vom k. Bezirksgerichte Regensburg war am 14. März 1864 auf Eröffnung der Gant über das Allodialvermögen des Grafen X. auf Z. erkannt und dieser Ausspruch in beiden höheren Instanzen bestätigt worden.

Auf Anzeige hievon an das k. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg als Fideikommißgericht des im Kreise Oberpfalz gelegenen Fideikommißgutes Z. ist von diesem Gerichte in Uebereinstimmung mit dem Kurator der minderjährigen Fideikommißanwärter der bisherige Vertreter des Fideikommisses auch als Administrator aufgestellt und dem Gantgerichte Nachricht ertheilt worden.

Die Ergebnisse dieser Verwaltung waren aber für die Allodialgläubiger und beziehungsweise die Gantmasse des Grafen X. äußerst ungünstig.

Das k. Bez.-Gericht Regensburg als Gantgericht faßte deshalb auf Antrag des Gantgläubigerausschusses am 7. März 1867 den Beschluß, die Gutsverwaltung von Z. an das Gantgericht zu ziehen und stellte an das Fideikommißgericht die Bitte, zur Wahrung der Rechte des Fideikommisses einen Fideikommißvertreter zu bezeichnen. Dabei war zwar noch die Befolgung eines diese Anordnung aufhebenden appellationsgerichtlichen Beschlusses in Aussicht gestellt; als aber das k. App.-Gericht am 20. März 1867 in der That die Entschließung erließ, daß die Administration des Fideikommisses zunächst und ausschließend nur unter der Leitung

Digitized by Google

des Fideikommißgerichtes geführt werden könne, verharrte das k. Bezirksgericht nicht desto weniger durch Beschluß v. 11. Mai 1867 darauf, die Verwaltung des Fideikommißgutes zum Gantgerichte zu ziehen.

Nunmehr regte ein Anwalt als Bevollmächtigter der Benefizienstiftung S. und der Landgemeinde B. den Kompetenzkonflikt an.

Das Fiskalat der k. Bank zu Nürnberg, welche ein auf dem Fideikommißgute Z. als Fideikommißschuld I. Klasse ruhendes Kapital zu fordern hat, erhob im Laufe der Instruktion des Kompetenzkonfliktes Einwand gegen die Existenz eines solchen, weil die gedachte k. Bank gegen den Beschluß des Gantgerichtes, die Fideikommißadministration an sich zu ziehen, Nichtigkeitsbeschwerde erhoben habe, worüber noch nicht entschieden sei.

Nach vollendeter Instruktion erließ der oberste Gerichtshof seine Entscheidung dahin,

daß zur Anordnung der Administration des gräflich X.'schen Fideikommisses Z. das k. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg zuständig sei.

Dem Erkenntnisse sind folgende Gründe beigegeben:

Das Bankfiskalat Nürnberg bestreitet vor Allem zur Zeit das Gegebensein eines Kompetenzkonfliktes, weil es Namens der Filialbank Regensburg, die als Fideikommiß-Gläubigerin erster Klasse mit einem Kapitale betheiligt ist, Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluß des Bezirksgerichtes Regensburg als Gantgerichtes über das Allodialvermögen des Grafen X., welcher für das Gantgericht die Zuständigkeit zur Verwaltung der Fideikommißgüter vindiziren will, erhoben hat.

Das Bankfiskalat hat jedoch selbst herkommen lassen, daß die von ihm vertretene Bank in der

Digitized by Google

Gant über des Grafen X. Allodialvermögen überhaupt nicht betheiligt ist, und es steht ihr demzufolge dem Gantgerichte gegenüber auch keinerlei Einspruchsrecht oder sonstiges hierauf gegründetes Rechtsmittel zu, sondern sie konnte ihre Rechte nur vor dem Fideikommißgerichte, wenn dieses die Ansicht des Gantgerichtes getheilt hätte, durch eine Nichtigkeitsbeschwerde oder überhaupt durch irgend eine Extrajudizialbeschwerde daselbst zu wahren suchen, während, nachdem das Fideikommißgericht selbst in Ansehung der Zuständigkeitsfrage der Ansicht des Gantgerichtes entgegengetreten und hiedurch ein Kompetenzkonflikt herbeigeführt worden ist, der Fideikommißgläubigerin lediglich ihre Rechte auf Seite des Fideikommißgerichtes bei der Anregung des Kompetenzkonfliktes gehörig geltend zu machen vorbehalten ist, wovon auch das Bankfiskalat nunmehr Gebrauch gemacht hat. Als ein Hinderniß zur Entscheidung des bestehenden Kompetenzkonfliktes kann daher diese Beschwerde nicht erachtet werden.

Dieser Konflikt ist auch der weiteren Ansicht des Bankfiskalates entgegen durch einzelne Gläubiger des Grafen X. mit voller Rechtswirksamkeit angeregt worden, da nach Art. 18 des Komp.-Konfl.-Ges. vom 28. Mai 1850 jede Partei berechtigt ist, auf Entscheidung eines zwischen den Gerichten über ihre Zuständigkeit bestehenden Streites anzutragen, und hiebei selbstverständlich da, wo mehrere Parteien in einer Rechtssache betheiligt sind, dieses Recht jeder einzelnen Partei zukommen muß, weil an der Beseitigung jeder Hemmung des Rechtsganges vor Gericht nothwendiger Weise allen Parteien gleichmäßig gelegen ist, und die Anregung eines Kompetenzkonfliktes lediglich die Veranlassung zur Instruktion desselben zur Folge hat, bei welcher jedem der Betheiligten die Gelegenheit geboten wird, durch Abgabe von Erinnerungen seine Rechte nach

Digitized by Google

eigenem Ermessen zu wahren, und dabei insbesondere dem zur Entscheidung des Konfliktes berufenen Gerichte die zur Erledigung der in Frage gestellten Zuständigkeit für erforderlich erachtete Darlegung zu bieten. Daß aber jedenfalls die Landgemeinde B. als Gläubigerin in der Gant des Grafen X. betheiligt ist, mußte selbst in den Erinnerungen des Bankfiskalates zugegeben werden.

In der Hauptsache selbst kömmt insbesondere zu berücksichtigen, daß gemäß §. 42 des Fideikommißediktes das Eigenthum des Fideikommißvermögens keineswegs dem Fideikommißbesitzer allein, sondern auch den übrigen zur Nachfolge Berechtigten (Anwärtern) zusteht, daß daher der Fideikommißbesitzer nach §. 44 lediglich die Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers hat, dem in dieser Eigenschaft zwar neben dem Genusse des Fideikommisses auch dessen Verwaltung zusteht, der aber zugleich auch gesetzlich verbunden ist, auf Erhaltung der Fideikommißgüter in gutem Stande den Fleiß eines guten Hausvaters zu verwenden.

Führt er eine dem nicht entsprechende Wirthschaft, so kann die ihm als Miteigenthümer und Besitzer des Fideikommisses eingeräumte Verwaltung ihm entzogen werden, so daß er nur mehr im Genusse der Früchte desselben verbleibt; auch kann kein Bedenken bestehen, daß nur das Fideikommißgericht es ist, dem gemäß §. 71 des Fideikommißediktes und §. 15 Ziff. 5 der allerhöchsten Verordnung vom 3. März 1857, die Instruktion über die Behandlung der Familienfideikommisse betr. (Reg.-Bl. S. 267), auf Anrufen der Fideikommißinteressenten oder des benannten Fideikommißvertreters zukömmt, diese Verwaltung dem Fideikommißbesitzer zu entziehen, und die hienach nothwendig befundene Administration anzuordnen, vorbehaltlich des dem Fideikommißbesitzer verbleibenden Genusses der Fideikom-

Digitized by Google

mißfrüchte, die ihm nach Abzug aller Fideikommißlasten immerhin noch zur freien Disposition gestellt werden müssen.

Erst wenn dieser Besitzer durch seine üble Wirthschaft so weit herabgekommen ist, daß er sogar mit seinem Allodialvermögen der Gant verfällt, verliert er auch jede Disposition über die ihm aus dem Fideikommisse zukommenden Früchte, da diese nach §. 53 unter Vorbehalt seiner Kompetenz für seine Allodialschulden haften.

Hiemit ergibt sich für solchen Fall von selbst die Grenzlinie zwischen der dem Fideikommißgerichte ausschließlich anheimfallenden Zuständigkeit in Ansehung der Administration des gesammten Fideikommißvermögens und der auf die Gantgläubigerschaft übergehenden Disposition des Fideikommißbesitzers rücksichtlich der diesem zukommenden Fideikommißfrüchte, in Ansehung welcher allein die Allodialgläubigerschaft an die Stelle des überschuldeten Fideikommißbesitzers zu treten gesetzlich in die Lage kömmt.

Nichts ändert hieran der Umstand, daß vorliegenden Falles erst nach der eingetretenen Ueberschuldung des Fideikommißbesitzers in seinem Allodial-Vermögen vom Vertreter des Fideikommisses gemäß §. 71 a. a. O. veranlaßt wurde, daß das Fideikommiß in Administration gesetzt werde, weil das Gesetz auch diesem Umstande keinen Einfluß auf die Kompetenz einräumt und der Natur der Sache nach der Zeitpunkt, in welchem eine solche vom Fideikommißgerichte anzuordnende Administration eintritt, an und für sich als ganz gleichgiltig sich darstellt, nachdem diese Administration dem Zwecke eines Familienfideikommisses entsprechend zur Sicherung gegen die üble Wirthschaft des Fideikommißbesitzers lediglich im Interesse der zur Nachfolge in das Fideikommiß Berechtigten als Miteigenthümer desse-

Digitized by Google

ben anzuordnen, und eben deßhalb nach §. 72 Abs. 2 wo möglich einem Familiengliede zu übertragen ist.

Die Berechtigung der Allodialgläubigerschaft schließt sich demzufolge rücksichtlich des Fideikommisses mit dem Anspruche derselben auf alle jene Früchte des Fideikommisses, welche sich über Abzug der Fideikommißlasten und der Kompetenz des Fideikommißbesitzers ergeben, vollkommen ab. Von einer Zuständigkeit derselben zur Verwaltung des fideikommissarischen Vermögens selbst, das in seiner Substanz der allodialen Gantmasse durchaus ferne steht, kann in keiner Hinsicht die Rede sein.

Die Gläubigerschaft des Allodialvermögens des Grafen X. kann demnach zwar verlangen, daß ihr in Ansehung der Früchte aus dem Fideikommisse die Rechnungen zur Einsicht und allenfallsigen Erinnerung vor deren Bescheidung durch das Fideikommißgericht in Vorlage gebracht werden, nicht aber steht es dem Bezirksgerichte als dem Gantgerichte über des Grafen X. Allodialvermögen zu, eine ihm gesetzlich nicht gebührende Kompetenz in Beziehung auf die Verwaltung des Fideikommisses ohne allen Rechtsgrund blos deßhalb an sich zu ziehen, weil es die Ueberwachung des k. Appellationsgerichtes als Fideikommißgerichtes hinsichtlich des Fideikommißvermögens des Gantschuldners nicht für ausreichend erachten will, über welche Qualifikation nicht das Gantgericht I. Instanz, sondern nach §. 14 Abs. 3 des Fideikommißediktes auf erhobene Beschwerde der oberste Gerichtshof zu entscheiden hat. Erk. d. OGH. v. 13. Dez. 1867, UB. Nr. 73.

— ſ —

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 1. Febr. 1868. 33. Jahrgang. No. 3.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. — Technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch Auslobung veranlaßten Werkes. — Kollision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. — Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse. — Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht.

Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können.

(Schluß.)

II. Nicht in ganz gleicher Weise verhält es sich, wenn die künftige Erwerbung gewisser Rechte weder durch Verjährung noch auch durch einen anderen Rechtstitel geschehen kann.

Beruht das Verbot auf Rücksichten des öffentlichen Rechtes, steht es mit der Erreichung des Staatszweckes in so unmittelbarem und wesentlichem Zusammenhange, daß die Uebertretung desselben eine Gefährdung der öffentlichen Wohlfahrt enthielte, oder ist ein gewisses Recht völlig aufgehoben, so daß es sich gar nicht mehr im rechtlichen Besitze von Privaten befinden kann, wie dieses in Bayern z. B. bezüglich der Leibeigenschaft und verschiedener Bannrechte geschehen ist,

Digitized by Google

so hören auch die Wirkungen der Unverdenklichkeit auf; unzweifelhaft aber dauern sie fort, wenn ein Gesetz, ohne die bezeichneten Merkmale an sich zu tragen, die künftige Erwerbung nur allgemein verbietet.

Im kanonischen Rechte ist nämlich der Grundsatz ausgesprochen, daß die Unverdenklichkeit selbst dann, wenn das jus commune (d. i. das regelmäßige Recht im Gegensatze zum jus singulare) der Erwerbung entgegensteht, statt eines rechtmäßigen Erwerbstitels gelte. Auch in das gemeine deutsche Recht ist dieser Grundsatz aufgenommen und von den Kommentatoren des bayer. Landrechtes, welches eine entgegenstehende Bestimmung nicht enthält, wird er mit aller Entschiedenheit festgehalten [2]). Auch die Praxis der bayerischen Gerichte befindet sich hiemit in Uebereinstimmung; man erinnere sich z. B. nur der vielen Laudemialstreitigkeiten. Obwohl weder das Landrecht vom J. 1756 noch jenes vom J. 1616 ein höheres als fünfprozentiges Anfallshandlohn gestattet [3]), so hat man doch

---

[2]) Cap. 1 de praescriptionibus in VI. (2, 13): „Ubi tamen est ei jus commune contrarium vel habetur praesumtio contra ipsum". — Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. II S. 109 §. 21—25. Thibaut, über Besitz und Verjährung §. 75. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Priv.-R. (Ausg. IV) §. 146 IX. Seuffert, Archiv Bd. VII Nr. 146, Bd. X Nr. 131. Frhr. v. Kreittmayr, Anmerk. a. a. O. Nr. 4: „Zweitens dient sie loco tituli sogar auf jenen Fall, wann jus commune vel praesumtio entgegensteht." B. v. Schmid ad statut. bavar. tit. 12 §. 8 Nro. 6: „in iis, in quibus jus commune possidenti resistit, non alia, nisi immemorialis praescriptio admittitur." Conf. Semic. I contr. 26 Nr. 18.

[3]) In cod. civ. P. IV Cap. 7 §. 11 Nro. 2 ist ge-

Digitized by Google

stets die ein höheres Quantum fordernden Gutsherren zum Beweise der Unvordenklichkeit zugelassen, und die ältesten Praktiker werden sich nicht erinnern, daß man jemals den Beweis der schon im J. 1616 bestandenen Unvordenklichkeit gefordert, d. i. den Beweis auf die diesem Jahre vorausgegangene Zeit beschränkt und die späteren Besitzhandlungen ausgeschlossen hätte.

Hievon scheint man in neuester Zeit abkommen zu wollen. Es wurde nämlich auf den Grund des Art. 34 des bayer. Forstgesetzes vom 28. März 1852, nach welchem neue Forstberechtigungen nicht mehr erworben werden können, jüngst (Bl. f. RA. Ergänzbd. S. 191) entschieden, daß die erst nach Einführung dieses Gesetzes vorgekommenen Ausübungen zum Beweise der Unvordenklichkeit nicht mehr zugelassen werden können.

An einem anderen Orte wurde diese Ausschließung unter dem Einwurfe zu vertheidigen gesucht, daß, wenn sich etwa im J. 1980 wegen einer Forstberechtigung auf Unvordenklichkeit bezogen und der Beweis der erst nach dem J. 1852 vorgekommenen Besitzhandlungen zugelassen würde, der Richter, weil der Beweis der Unvordenklichkeit nur zwei Men-

---

sagt, der Anfall betrage fünf vom Hundert, wo kein minderes hergebracht ist, — folglich ist ein höheres Handlohn nicht zugelassen; die Anmerkungen Nr. 13 lit. g. sagen indessen, daß zur Erwerbung eines höheren quanti tempus immemoriale erfordert werde, weil lex prohibitiva entgegensteht. Das Landrecht vom J. 1616 bestimmt Tit. 21 Art. 21, daß das Handlohn auf fünf vom Hundert „und nit darüber" komme, wozu B. v. Schmid Nr. 3 bemerkt, daß ein höheres Handlohn als praestatio determinationi juris nostri statutarii e diametro contraria des Beweises der Unvordenklichkeit benöthige.

schenalter (80 Jahre) umfassen müsse, sehr leicht in die Lage käme, eine erst lange nach dem J. 1852 begonnene Ausübung gegen das klare Gesetz als rechtmäßig anerkennen zu müssen.

Die Möglichkeit dieses Erfolges ist nicht zu bestreiten; sie beweist aber nicht das Geringste für die vertheidigte Ausschließung.

Wer Einwürfe solcher Art macht, verräth nur, daß er mit dem Wesen der Unvordenklichkeit nicht vertraut ist, und daß er sie für eine Ersitzung von 80 Jahren hält; sie ist aber durch kein bestimmtes Zeitmaß beschränkt und kann selbst traditionellen Einflüssen aus urältester Zeit unterliegen [4]). Mit Recht warnt daher Frhr. von Kreittmayr (a. a. O. Not. 1 lit. f) vor einer Verwechslung der unvordenklichen und der hundertjährigen Präskription, indem zwar diese in jener, aber nicht umgekehrt jene in dieser liege.

Ein Beweis der Unvordenklichkeit ist, weil nach dem Begriffe derselben die Entstehung des Rechtes in undurchdringliche Vergangenheit fällt, an sich unmöglich; das Gesetz macht ihn aber dadurch möglich, daß es ihn als geliefert annimmt, wenn die ununterbrochene Dauer eines Zustandes in den letzten zwei Menschenaltern dargethan ist. Diese Präsumtion ist, schon weil sie nur eine Präsumtion ist, allerdings nicht unfehlbar, und kann daher zu dem obenbemerkten Erfolge führen; nichts desto weniger aber ist sie eine gesetzliche, und in dem gedachten Falle wäre es daher Sache des Gegenbeweises, zu zeigen, daß die Ausübung erst nach

[4]) Fr. 28 de probat. (22, 3): „neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter sursum versum accidit.“ — Siehe hierüber Savigny, Syst. Bd. IV S. 535 und vgl. Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 113.

Digitized by Google

dem J. 1852 begonnen habe, woraus sich sodann der unrechtmäßige Anfang nach Art. 34 von selbst ergäbe.

Würde aber diese Gegenprobe nicht geliefert, so könnte man nicht sagen, daß die Forstberechtigung erst nach dem J. 1852 erworben worden wäre, sondern nur, daß, weil der Anfang durch die Länge der Zeit verborgen ist, aus der Ausübung in den letzten zwei Menschenaltern vermöge gesetzlicher Vorschrift angenommen werde[5]), die Ausübung sei eine rechtmäßige, und sei demnach schon im J. 1852 begründet gewesen.

Gegen jede andere Auffassung sträubt sich das ganze Wesen der Unverdenklichkeit.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch Auslobung veranlaßten Werkes.

Der Magistrat einer großen Stadt, welcher ein neues Rathhaus zu erbauen beabsichtigte, erließ zu diesem Behufe am 7. Nov. 1865 eine öffentliche Einladung an die Architekten Deutschlands zur Ein-

[5]) Fr. 3 §. 4 de aqua quot. (43, 20): „Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur."

Digitized by Google

reichung von Bauplänen, wobei er zugleich für die drei besten der innerhalb bestimmter Frist eingekommenen, und sodann von dem in der Ausschreibung bezeichneten Schiedsgerichte zur Annahme ausgewählten Pläne Preise von 2000 fl., 1000 fl. und 500 fl. aussetzte.

Es wurden 27 Pläne eingesendet, von welchen das Schiedsgericht zuerst neunzehn, dann wieder vier als unannehmbar ausschied und von den nun übrigen vier Plänen den von den beiden Architekten L. und E. L. eingesendeten Plan als den besten erkannte. Dabei erklärte aber das Schiedsgericht, daß keiner der eingekommenen Pläne eine vollkommen befriedigende Lösung der gestellten Aufgabe enthalte; es ließ deshalb den ersten Preis ganz ausfallen und erkannte dem L.'schen Plane den zweiten und einem weiteren Plane den dritten Preis zu.

L. und E. L. wollten sich hiebei nicht beruhigen und stellten gegen den Magistrat gerichtliche Klage auf Ausbezahlung des ersten Preises mit 2000 fl.

Die I. Instanz erkannte auf Klagsentbindung, sich im Wesentlichen nur auf das schiedsrichterliche Gutachten berufend, wogegen die II. Instanz den Magistrat nach der Klagsbitte verurtheilte und in ihren Gründen ausführte, daß es sich hier um einen Vertrag handle, daß die vertragsmäßigen Voraussetzungen, unter welchen die Kläger auf den ersten Preis Anspruch machen können, wirklich eingetreten seien, und deshalb von der Ertheilung des ersten Preises nicht habe Umgang genommen werden können.

Der oberste Gerichtshof beließ es jedoch bei dem Erkenntnisse der I. Instanz aus folgenden Gründen:

Die magistratische Auslobung mußte selbstverständlich auf einem Bauprogramme fußen, welches

die gestellte Aufgabe genau fixirte und welches jeder Preisbewerber bei der Lösung der Aufgabe einzuhalten hatte. Es weist daher auf dieses Bauprogramm die Auslobung vom 7. Nov. 1865 ausdrücklich hin, welchem Programme am 5. Dez. 1865 noch Erläuterungen beigefügt wurden. Hat nun bei jeder Preisbewerbung in Folge einer Auslobung das in der letzteren bestellte Schiedsgericht vorerst die Frage zu beantworten, ob überhaupt preiswürdige Werke geliefert worden seien, und erst nach Bejahung dieser Frage unter den als preiswürdig erkannten Werken die Reihenfolge mit Rücksicht auf die Zahl der ausgesetzten Preise zu bestimmen, so ist in dem gegenwärtigen Falle, wie auch in allen ähnlichen Fällen, die erste Voraussetzung des Anerkenntnisses der Preiswürdigkeit eines Werkes von Seiten des Schiedsgerichtes die, daß das Werk dem Programme, den Anforderungen des Auslobenden entspreche. Es soll — mit anderen Worten — das zu prämiirende Werk dasjenige leisten, was der Auslobende als sein Bedürfniß fordert. Hienach hatte das durch die Auslobung vom 7. Nov. 1865 bestellte Schiedsgericht hinsichtlich der Preiswürdigkeit der eingekommenen Werke vorerst zu entscheiden, ob diese Werke die obengedachte Vorbedingung erfüllen. Demgemäß verfuhr auch das Schiedsgericht nach dem Inhalte seines Gutachtens vom 19. April 1866, indem es erklärte, daß von den nach Ausscheidung der unbrauchbaren Werke noch in Betracht kommenden 8 Plänen keiner alle gestellten Bedingungen in befriedigender Weise löse, wenn gleich diese Pläne sich mehr oder weniger der gestellten Aufgabe nähern. Nachdem das Schiedsgericht unter jenen 8 Werken jene wieder ausgewählt hatte, welche keine Kostenüberschreitung veranlassen und sich am meisten dem Programme nähern oder nach ihrer Hauptdisposition

Digitized by Google

so angelegt sind, daß sie durch Abänderungen, ohne Verlassung des Grundgedankens, eine noch größere Annäherung an das Programm erzielen lassen, erklärte es, daß es, da sich eine vollkommen befriedigende Lösung der Aufgabe unter den eingekommenen Plänen nicht befinde, sich nicht habe entschließen können, eine der Vorlagen als angemessen für Ertheilung des ersten Preises vorzuschagen. Indem das Schiedsgericht ferner von Ertheilung des ersten Preises Umgang nahm und von Seite des beklagten Stadtmagistrates die Erklärung erhalten hatte, daß eine Ersparung an der ausgesetzten Prämiensumme nicht beabsichtigt sei, erkannte es gleichwohl als zweiten Preis dem Plane der Kläger 1000 fl. und einem weiteren Plane als dritten Preis 500 fl. zu und schlug für den Rest der Prämiensumme von 2000 fl. dem Magistrate zwei weitere Pläne zum Ankaufe vor, welche zur schließlichen Lösung der Aufgabe nützlich sein könnten. — Aus dieser Erklärung des Schiedsgerichtes geht hervor, daß dasselbe keinen der eingekommenen Pläne als annehmbar d. h. als zur sofortigen Verwendung zu dem beabsichtigten Zwecke der Bauführung geeignet, somit als preiswürdig fand. Es hätte nämlich das Schiedsgericht, wenn es nicht von diesem Gesichtspunkte ausgegangen wäre, die ausgesetzten beiden ersten Preise im vollen Betrage den beiden den Vorzug verdienenden Plänen zuerkennen müssen, weil es unter der Annahme, daß in dem vorbezeichneten Sinne preiswürdige Pläne vorlägen, zu einer Herabsetzung der ausgesetzten Preise im Hinblicke auf die öffentliche Auslobung vom 7. Nov. 1865, welche für die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung für das Schiedsgericht keinerlei Anhaltspunkt darbietet, nicht befugt war. Wenn nun das Schiedsgericht gleichwohl den ausgesetzten zweiten und dritten Preis zuerkannte und sich dabei auch über die Verwend-

Digitized by Google

ung des Restes der Prämiensumme von 2000 fl. aussprach, so lag im Hinblicke auf dessen obenangeführte Erklärung diesem Verfahren offenbar nur die Absicht zu Grunde, diese höchst verdienstlichen Leistungen entsprechend zu honoriren, da dieselben, obgleich den ausgelobten Bedingungen nicht entsprechend, daher nicht preiswürdig, zur vollständigen Lösung der gestellten Aufgabe mittest einer Umarbeitung beizutragen in hohem Grade geeignet seien. — Hat demnach das Gutachten des bestellten Schiedsgerichtes keinen der eingekommenen Pläne als preiswürdig im Sinne der Auslobung vom 7. Nov. 1865 erkannt, so können die Kläger aus diesem Gutachten einen rechtlichen Anspruch auf Zuwendung des ersten Preises von 2000 fl. nicht ableiten, nachdem der beklagte Stadtmagistrat dem Ausspruche des Schiedsgerichtes nach der diesem innewohnenden Intention den Klägern gegenüber bereits gerecht geworden ist. OAGErk. v. 10. Sept. 1867 RNr. $1091^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Wie gewinnend auch die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe für den ersten Anblick sein mögen, so lassen sie doch bald erkennen, daß hiebei zu viel arbitrirt, dagegen das bestehende Vertragsverhältniß zu wenig beachtet wurde.

Nach heutiger Doktrin und Praxis ist als feststehend anzunehmen, daß, wenn eine Auslobung stattgefunden hat, durch den Hinzutritt der betreffenden Leistung ein wahrer Vertrag entsteht[1]),

---

[1]) Puchta, Pand. §. 259; Arndts, Pand. §. 241; Windscheid, Pand. II §. 309; Wening-Ingenheim, gem. Civ.-R. Bd. III §. 92 (§. 238) Nr. 3; Thibaut, Pand. (Ausg. VII) §. 981; Koch, Recht der Ford. Bd. III S. 837; Unterholzner, von den Schuldverhältnissen Bd. I §. 26 Nr. I; Holz-

Digitized by Google

so daß also die einseitig gesetzten Auslobungsbedingnisse den Charakter der Unwiderruflichkeit annehmen und nun die unabänderliche Vertrags-Norm bilden.

Es ist eine sehr natürliche Voraussetzung jeder Auslobung, daß die Leistung dem Bedürfnisse des Auslobenden, so wie es von demselben bezeichnet wurde, genau entsprechen müsse. Ob diese Voraussetzung im vorliegenden Falle durch ein einzelnes Werk erfüllt sei, sollte nach der magistratischen Ausschreibung davon abhängen, daß dasselbe durch das eingesetzte Schiedsgericht zur Annahme ausgewählt werde.

Für diese Auswahl war dem Schiedsgerichte die freieste Hand gelassen. Jedes Werk, welches ihm die gehörige Kunststufe nicht zu erreichen, die vom Programme gezogenen Grenzen nicht genügend einzuhalten, mit einem Worte, die gestellte Aufgabe nicht in entsprechender Weise zu lösen schien, konnte ohne Weiteres abgeworfen werden; dagegen aber sollte die Auswahl zur Annahme zugleich die Frage der Preiswürdigkeit entscheiden, d. i. einem ausgewählten Werke sollte schon durch die bloße Auswahl die Fähigkeit zur Preiskonkurrenz zuerkannt sein.

Nur in dieser Weise läßt sich die magistratische Einladung auffassen; denn sollte es in der Macht des Schiedsgerichtes liegen, einzelne Werke zur Annahme auszuwählen und dennoch als gar nicht oder nicht

---

schuber, Theorie und Kasuistik Bd. II Abth. II (Ausg. I) S. 254 und 786; Seuffert, Archiv Bd. IX Nr. 275, Bd. XI Nr. 217; Bl. f. RA. Bd. XXV S. 177 ff.

Die isolirt stehende Meinung Savigny's, welcher (Oblig.-R. Bd. II S. 90 ff.) hier einen Vertrag nicht annimmt, kann hiegegen keinen Ausschlag geben.

Digitized by Google

völlig preiswürdig zu erklären, so wäre hiedurch der Hauptsatz der magistratischen Auslobung, daß nämlich die besten der zur Annahme ausgewählten Werke die ausgesetzten Preise erhalten sollen, geradezu wieder umgestoßen und die ganze Preisaussetzung, so wie sie geschehen ist, nur eine Illusion gewesen.

Besteht nun der vertragsmäßig festgestellte Begriff der Preiswürdigkeit eines Werkes darin, daß es schiedsrichterlich zur Annahme ausgewählt sei, und kann demnach die Preiswürdigkeit eines in solcher Art ausgewählten Werkes, so mangelhaft es auch immer sein möchte, nicht mehr angefochten werden, so kann es sich im gegebenen Falle nur noch darum fragen, ob denn das klägerische Werk auch wirklich zur Annahme ausgewählt worden sei?

Diese Frage ist unmöglich zu verneinen; denn, wenn das Schiedsgericht nach Ausscheidung der als unannehmbar befundenen neunzehn Werke vier weitere abwarf, so waren die verbliebenen vier Werke, indem sie nicht abgeworfen wurden, hiedurch allein schon zur Annahme ausgewählt. Ueberdies aber ist es eine feststehende Thatsache, daß zwei dieser Werke und unter diesen das klägerische durch wirkliche Preiszuerkennung ausgezeichnet wurden, worin doch sicher nicht eine Abwerfung, sondern nur eine Auswahl zur Annahme erblickt werden kann.

Nun behauptet aber das Schiedsgericht, daß keiner der eingekommenen Pläne eine vollkommen befriedigende Lösung der gestellten Aufgabe gewähre, und der oberste Gerichtshof findet in dieser Erklärung den Ausspruch, daß keiner dieser Pläne annehmbar, d. h. zur sofortigen Verwendung bei dem beabsichtigten Baue geeignet, und somit preiswürdig sei.

Digitized by Google

Dieſes Erforderniß der Preiswürdigkeit hat aber der Magiſtrat weder mit ausdrücklichen Worten aufgeſtellt, noch liegt es im Sinne ſeiner Auslobung, was ſchon daraus hervorgeht, daß ſich der Magiſtrat ausdrücklich vorbehalten hat, über die Auswahl eines Planes zur wirklichen Ausführung und über die Art und Weiſe der letzteren beſonderen Beſchluß zu faſſen. Das Schiedsgericht ſagt ſelbſt, daß bei der Kürze der geſetzten Friſt eine allen Anforderungen entſprechende Löſung der geſtellten Aufgabe überhaupt nicht möglich geweſen ſei, daß aber die am klägeriſchen Plane gerügten Mängel und die Abweichungen desſelben vom Programme durch theilweiſe Modifikationen des Planes ohne Schwierigkeit zu beſeitigen ſeien. Das Gutachten ſagt ferner, daß der klägeriſche Plan in hohem Grade geeignet ſei, ohne Verlaſſung ſeines Grundgedankens durch einzelne Modifikationen zur vollſtändigen Löſung der geſtellten Aufgabe zu führen.

Unter dieſen Verhältniſſen kann man doch wahrlich nicht die Behauptung wagen, daß das Schiedsgericht den klägeriſchen Plan nicht zur Annahme ausgewählt, nicht als preiswürdig erkannt habe; man muß im Gegentheile behaupten, das Schiedsgericht ſei, indem es die Frage der Preiswürdigkeit überhaupt beantwortete, bezüglich des klägeriſchen Planes über die Mängel desſelben, als nicht weſentlich genug, hinweggegangen und habe denſelben ungeachtet dieſer Mangel zur Annahme ausgewählt, d. i. als preiswürdig befunden.

Wenn dagegen der oberſte Gerichtshof annimmt, daß das Schiedsgericht den klägeriſchen Plan, wie auch alle übrigen, nicht als preiswürdig erklärt habe, weil es ſonſt bei dem in Mitte liegenden Vertrage nicht die Befugniß gehabt hätte, den erſten Preis ausfallen zu laſſen, ſo beruht dieſe Auffaſſung des techniſchen Gutachtens auf der Vorausſetzung,

Digitized by Google

daß das Schiedsgericht bei Umgehung des ersten Preises die rechtliche Seite der Sache richtig gewürdigt und die bestehende Vertragsnorm gehörig eingehalten habe; allein das Verhältniß, in welchem die technische und die juristische Behandlung der Sache zu einander stehen, gebietet unabweislich, daß man den umgekehrten Weg einschlage und, festhaltend an der durch das Schiedsgericht getroffenen Auswahl, behaupte, daß dasselbe, weil und nachdem es diese Auswahl getroffen, nicht mehr befugt gewesen sei, den ersten Preis zu umgehen.

Aufgabe des Schiedsgerichtes war es nämlich, die eingekommenen Arbeiten zu prüfen und aus denselben diejenigen auszuwählen, welche ihm zur Annahme geeignet schienen. Fanden sich solche Werke gar nicht, so war sein Geschäft beendigt; fanden sich aber solche und hatte es dieselben ausgewählt, so übrigte ihm nur noch, aus diesen die drei besten zu bezeichnen und die Reihenfolge derselben nach der Stufe ihrer relativen Preiswürdigkeit zu bestimmen.

Hiemit war seine Thätigkeit geschlossen; alles Weitere lag außerhalb der Grenzen seiner Berufung.

Anfänglich schien das Schiedsgericht seine Zuständigkeit selbst nur in dieser Weise aufgefaßt zu haben, denn es ist eine aktenmäßige und hier sehr bemerkenswerthe Thatsache, daß es erst auf eine an den Magistrat gestellte Anfrage, ob von der Ertheilung des ersten Preises Umgang genommen werden könne, und erst auf die ihm hierauf ertheilte Antwort, daß dem Magistrate ein Ausspruch über die Versagung des ersten Preises nicht zustehe, diesen Preis ausfallen ließ. Durch diese Antwort, obwohl sie nur eine ausweichende war, schien sich das Schiedsgericht zu dem nachhin eingeschlagenen Verfahren für ermächtigt zu halten.

Ohne Zweifel handelte das Schiedsgericht hie-

Digitized by Google

bei in gutem Glauben, d. h. in der Voraussetzung der rechtlichen Zulässigkeit dieses Verfahrens; seine Voraussetzung war aber eine irrige, und aus der unter dem Einflusse dieses Irrthumes erfolgten Uebergehung des ersten Preises kann daher unmöglich geschlossen werden, daß das Schiedsgericht hiedurch beabsichtigt habe, allen eingekommenen Werken und selbst denjenigen, welche es wirklich prämiirt hatte, die Preiswürdigkeit abzusprechen.

Hienach wäre eine Rechtsverbindlichkeit auch zur Ertheilung des zweiten und dritten Preises nicht vorhanden gewesen, und das Schiedsgericht hätte also durch Zuerkennung dieser Preise nur einen unbefugten Akt der Freigebigkeit auf Kosten des Magistrates geübt; allein die obenbemerkte Anfrage, ob der erste Preis ausfallen könne, beweist das Gegentheil; denn durch diese Anfrage konnte das Schiedsgericht nichts Anderes beabsichtigen, als Aufschluß über eine Rechtsfrage zu erhalten, darüber nämlich, ob die rechtliche Nothwendigkeit bestehe, einem als überhaupt preiswürdig erkannten Werke den ersten Preis zuzusprechen, und es mußte daher wenigstens ein preiswürdig erkanntes Werk vorhanden sein, wenn jene Anfrage nicht völlig zwecklos erscheinen, wenn sie irgend einen greifbaren Gedanken enthalten sollte.

Der vom Schiedsgerichte für die Versagung des ersten Preises angeführte Grund, daß auch das klägerische Werk die gestellte Aufgabe nicht vollkommen löse und daß dasselbe mit 1000 fl. genügend belohnt sei, mag, was hier nicht zu untersuchen ist, aus dem Gesichtspunkte der Technik seine Berechtigung haben; allein für die rechtliche Beurtheilung der Sache bleibt er, nachdem einmal dieses Werk zur Annahme ausgewählt und als das beste befunden war, völlig bedeutungslos, weil in der öffentlichen Auslobung, deren Bedingnisse, wie im

Eingange dieser Nachschrift gezeigt und auch oberstrichterlich zugegeben ist, nach geliefertem Werke einseitig nicht mehr geändert werden konnten, eine absolute Vollkommenheit der Leistung als Vorbedingung des ersten Preises nicht aufgestellt, dieser vielmehr unter den zur Annahme ausgewählten Werke schon dem relativ besten zugesichert, weil sonach für die Größe der klägerischen Belohnung schon eine vertragsmäßige Bestimmung getroffen, hiedurch also eine schiedsrichterliche Festsetzung eines dem klägerischen Werke angemessenen Lohnes von selbst ausgeschlossen war. Demnach hätte der Magistrat jenes auf irriger Voraussetzung beruhende Verfahren des Schiedsgerichtes unbeachtet lassen sollen; indem er sich aber dasselbe unter Verkürzung der Kläger zu Nutzen machte, beging er eine flagrante Verletzung des Vertragsrechtes, weshalb den Klägern der erste Preis, welcher ihnen von Kunstrichteramts wegen unzuständigerweise versagt worden war, zuzuwenden gewesen wäre — von Rechtswegen.

Rm.

2.

Kollision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse.

Bd. XI S. 92; Bd. XX S. 209.

Daß das am ersten Wohnsitze der Eheleute geltende Recht auch nach einer späteren Veränderung des Wohnortes derselben über die Güterverhältnisse zwischen den Ehegatten Maß gebe, hat der oberste Gerichtshof auch neuerlich als seine konstante Praxis erklärt.

OAGErk. v. 24. Sept. 1867 RNr. $978^{66}/_{67}$.
77.

Digitized by Google

3.

Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse.

Die Frage, ob, wenn die actio Pauliana nicht von einem Kommunanwalte der Konkursmasse, sondern von einzelnen Konkursgläubigern für sich angestellt wird, der günstige Erfolg ausschließend zur Befriedigung der Kläger diene (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 107), oder ob das Erstrittene zur allgemeinen Konkursmasse gehöre (Bd. XXX S. 129), wurde in letzterer Weise entschieden durch

OAGErk. v. 15. Okt. 1867 Reg.-Nr. $719^{66}/_{67}$.

Rm.

4.

Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht.

Vgl. Bd. XXIX S. 362.

Auch die Abänderung eines gerichtlich errichteten und bestätigten Nahrungsvertrages durch Bestimmung anderer Reichnisse anstatt der ursprünglich bedungenen (im gegebenen Falle einer Geldsumme anstatt der im Nahrungsvertrage versprochenen Naturalleistungen) bedarf der gerichtlichen Errichtung und Bestätigung.

OAGE. v. 11. Nov. 1867 RNr. $1175^{66}/_{67}$.
77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 15. Febr. 1868. 33. Jahrgang. No. 4.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte. — Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen Deservitten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. — Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des fränkischen Rechtes dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern. — Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillings bedürfen zu ihrer Giltigkeit der notariellen Verbriefung nicht.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte.

Der Lithograph X. in München hatte am 4. Januar 1863 schriftlich erklärt, daß er dem Steinhändler Johann Z. nach einer an diesem Tage neuerlich gepflogenen Abrechnung den Betrag von 69 fl. 48 kr. schulde und versprach, ihn in möglichster Bälde zurückzubezahlen.

Diese Summe hatte Z. laut Urkunde vom 7. März 1865 schon unterm 20. Sept. 1864 an Benjamin L. cedirt, welcher sie in einer bei dem Stadtgerichte München l. J. eingereichten Klage gegen X. forderte, indem er bat, den Beklagten zu beauftragen, daß er den Kläger befriedige, oder innerhalb gesetzlicher Frist rechtsgiltige Einreden vorbringe.

Digitized by Google

Das Stadtgericht wies diese Klage von da zurück, weil der Beklagte Besitzer einer lithographischen Druckerei, daher im Sinne der Art. 4 und 272 Ziff. 5 des allg. d. HGB. als Kaufmann zu betrachten sei; auch mit Rücksicht auf die gewerbliche Stellung des Cedenten Z. angenommen werden müsse, daß es sich um eine Lieferung von Lithographie-Steinen handle, sohin eine Handelssache vorliege.

L. legte hierauf dieselbe Klage bei dem Handelsgerichte München l. J. vor, worin er obige Abtretungsurkunde des Z. als eine kaufmännische Anweisung bezeichnete, und stellte hierin die nämliche Bitte.

Aber auch dieses Gericht wies die Klage von dort ab, weil der Beklagte als Lithograph gewerbemäßig Handelsgeschäfte nicht betreibe, und die Ausübung dieses Gewerbes die Anschaffung von beweglichen Sachen, welche bearbeitet oder verarbeitet weiter veräußert werden sollen, nicht voraussetze; bei dem Lithographen bilde die Vornahme von Handelsgeschäften jedenfalls nicht den vorherrschenden Faktor der Wertherzeugung, sondern lediglich die Arbeit.

Benjamin L. regte hierauf bei dem Handelsgerichte München l. J. den hienach bestehenden Kompetenzkonflikt an, nach dessen Instruktion vom obersten Gerichtshofe ausgesprochen wurde, daß in der Sache das k. Stadtgericht München links der Isar zuständig sei.

Die Gründe dazu sind folgende:

Nach Art. 272 Ziff. 5 des a. d. HGB. sind die Geschäfte der Druckereien, wenn sie gewerbemäßig betrieben werden, den Handelsgeschäften unter der Voraussetzung beigezählt, daß dieser Betrieb nicht ein handwerkmäßiger ist.

Die Geschäfte eines Lithographen bestehen

nun allerdings darin, Zeichnungen oder Schriftzüge durch Abdrücke zu vervielfältigen und reihen sie sich hienach im Allgemeinen unter die Druckereigeschäfte ein.

Allein die hier eintretende Beschäftigungsweise fordert zu ihrem ordnungsmäßigen Betriebe an und für sich weder eine große Masse von Arbeitskräften noch auch einen besonderen Apparat von Maschinen, und stellt sich daher auch mit Rücksicht auf den Umkreis der Nachfrage nach dieser Art des Druckes im Verhältnisse zu demjenigen der eigentlichen Druckschriften der Regel nach nur als eine handwerksmäßige dar.

Daß Lithograph X. dem entgegen sein Geschäft gleichwohl im Großen betreibe, so daß sich die Annahme rechtfertigen lasse, sein Gewerbebetrieb reiche über den Umfang des Handwerkes hinaus, ist nirgends auch nur angedeutet. Die Eigenschaft eines Kaufmannes kann ihm daher nach Maßgabe der vorliegenden Klagebehauptungen auf den Grund des obigen Artikels nicht beigelegt werden.

Ist aber der Beklagte nicht als Kaufmann zu erachten, so eignen sich Klagen gegen ihn gemäß Art 64 Abs. 1 des Einf.-Ges. zum a. d. HGB. nur dann zur Zuständigkeit der Handelsgerichte, wenn das vorliegende Geschäft selbst ein Handelsgeschäft war.

In dieser Hinsicht lassen die erhobenen Klagen zunächst nur eine nach gepflogener Abrechnung noch bestehende Schuld des Beklagten entnehmen, ohne das eigentliche Schuldverhältniß selbst des Näheren zu berühren, und blos der Umstand, daß der ursprüngliche Gläubiger Z., welcher diese Forderung dem gegenwärtigen Kläger cedirte, als Steinhändler bezeichnet ist, führt zu der Vermuthung, daß die eingeklagte Schuld aus Lieferungen von Lithographie-Steinen an den Beklagten für dessen Geschäft herrühre.

*

Dieſes Geſchäft beſteht aber nicht in der Anſchaffung beweglicher Sachen, um ſie nach ihrer Bearbeitung und Verarbeitung ſelbſt wieder weiter zu veräußern, ſondern der Lithograph verdingt bei dieſer Beſchäftigungsweiſe hauptſächlich ſeine Dienſte, und bringt demnach im Weſentlichen nur ſeinen Arbeitsverdienſt in Anſchlag, während die hiebei von ihm zu einer anderweitigen Umgeſtaltung niemals, ſondern zum vollen Verbrauche angeſchafften Stoffe nur nebenher mit in Berechnung kommen, insbeſondere aber die Lithographie-Steine nie und unter keiner Form zu einer Weiterveräußerung erworben werden, vielmehr nur ein Arbeitsmaterial im Allgemeinen bilden.

Demzufolge iſt hier auch ein Handelsgeſchäft nicht gegeben.

In der an das Handelsgericht München gerichteten Klage behauptete indeß der Kläger L., daß ihm der urſprüngliche Gläubiger Z. die Forderung gegen den Beklagten mittelſt kaufmänniſcher Anweiſung abgetreten habe. Zu einer ſolchen fehlen jedoch dieſer Abtretungsurkunde alle formellen Erforderniſſe, welche ſie nach der Vorſchrift des Geſetzes über kaufmänniſche Anweiſungen vom 29. Juni 1851 Abſ. 2 (Geſ.-Bl. S. 25) zeigen müßte, um als ſolche Anweiſung in Betracht kommen zu können.

Nach keiner Richtung hin iſt demnach das Handelsgericht, ſondern nur das ordentliche Civilgericht, und zwar, mit Rückſicht auf den eingeklagten Betrag, das Stadtgericht München l. d. J. zur Verfügung in dieſer Sache zuſtändig.

Erk. d. OGH. v. 20. Dez. 1867, UB. Nr. 74.

Digitized by Google

2.

Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelssache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen.

Wie in den früheren oberstrichterlichen Erkenntnissen vom 26. Januar 1866 UB. Nr. 43 (s. Bl. f. RA. Erg.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 58 ff.) und vom 30. Nov. 1866 UB. Nr. 52 (a. a. O. S. 58 Note 1) hat derselbe obige Frage entschieden durch

Erk. v. 20. Dez. 1867, UB. Nr. 75.

— s —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des fränkischen Rechtes dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern.

Die Eheleute N. lebten in Errungenschaftsgemeinschaft, sollen aber am 28. Nov. 1865 einen Vertrag abgeschlossen haben, wodurch auch diese Gütergemeinschaft aufgehoben wurde und worin die Ehefrau N. wegen der von ihrem Ehemanne ohne ihr Wissen und Willen kontrahirten Schulden ausdrücklich ihre Rechte wahrte. Am 29. desselben

Digitized by Google

Monates cedirte der Ehemann N. eine Geldsumme, welche M., der Vater der Ehefrau N., noch an dem versprochenen Heirathgute schuldete, an D. — Als nun dieser gegen M. klagte, bestritt M. die Giltigkeit der Cession wegen mangelnder Veräußerungsbefugniß des Ehemannes N. und legte zum Nachweise des in der Ehe desselben maßgebenden Güterstandes die Vertragsurkunde vom 28. Nov. 1865 vor, welcher jedoch Kläger die Anerkennung versagte, eventuell behauptend, der Vertrag sei jedenfalls erst später und nach der Cession vom 29. Nov. 1865 abgeschlossen worden.

Die erste Instanz wies die Klage als unbegründet ab. Die Entscheidung der zweiten ging dahin, daß sowohl unter der Herrschaft der fränkischen partikulären Errungenschaftsgemeinschaft als nach der vertragsmäßigen Auflösung auch dieser Gütergemeinschaft die unbeschränkte Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die hier fragliche Heimsteuerforderung nach Maßgabe des gemeinen Rechtes begründet sei, daß somit die Cession vom 29. Nov. 1865 in jedem Falle, wenn nämlich auch der klägerischerseits widersprochene ältere Vertrag vom 28. Nov. 1865 als schon existent angenommen wird, als an sich rechtsbeständig zu erachten sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung der zweiten Instanz und sagt in den Entscheidungsgründen:

„In der gegenwärtigen Rechtssache ist die Frage zu beantworten, ob unter dem Güterstande der fränkischen (Würzburger) partikulären Errungenschaftsgemeinschaft und nach vertragsmäßiger Auflösung auch dieser ehelichen Gütergemeinschaft jene Bestimmungen des gemeinen Rechtes maßgebend seien, nach welchen an dem nicht in liegenden Gütern bestehenden, von dem Vater der Ehefrau bestellten

oder versprochenen Heirathgute (Aussteuer) der Ehefrau, insbesondere an einer Forderung auf Leistung des Heirathgutes in Geld, dem Ehemanne eine unbeschränkte Veräußerungsbefugniß, lediglich mit der Verpflichtung, für das Erhaltene mit seinem Vermögen Sicherheit zu leisten und dasselbe nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, zusteht. — Nach der kaiserlichen Landgerichtsordnung für das Herzogthum Franken Th. III Tit. 122 §. 3 hat nämlich, sofern für die ebenbezeichnete Frage eine besondere Entscheidung in dem Provinzialrechte nicht gegeben ist, das gemeine Recht suppletorische Kraft und nach der Lehre des deutschen Privatrechtes (Gerber §. 237 Note 2, Mittermaier §. 392 der 6. Ausg.) kommen die gemeinrechtlichen Grundsätze über die dos auch für die s. g. deutschrechtliche Heimsteuer in Anwendung, vorausgesetzt, daß die gemeinrechtlichen Grundsätze nicht mit dem Wesen der provinzialrechtlichen Güterstände in Widerspruch stehen (Gerber a. a. O.; siehe auch Schneidt im thes. jur. franc. I S. 1573 §. 23).

Bezüglich des Güterstandes der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft sind die entscheidenden Stellen des fränkischen Provinzialrechtes die Bestimmungen der k. LGO. Th. III Tit. 96 §. 3 Nr. 4 und Tit. 97 §. 2. Nach denselben unterliegt es keinem Zweifel, daß bei dem gesetzlichen und „unbedingten" Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft jedem Ehetheile sein eingebrachtes Gut (darunter auch das Heirathgut, die Heimsteuer der Ehefrau) der Substanz, dem Kapitale nach „zu eigen" bleibe und daß, abgesehen von der Administrationsbefugniß des Ehemannes, nur die Nutzungen und Ersparnisse hieraus in die Gemeinschaft fallen. Nun ist zwar die Annahme der Vorinstanz, daß die Ausdrucksweise „Güter" in

Digitized by Google

§. 3 des Tit. 96 der k. LGO. so wie in §. 2 des 97. Titels sich nur auf liegende Güter beziehe, nicht begründet; vielmehr sollte hiedurch Vermögen überhaupt (bona) bezeichnet werden, da in mehreren anderen Stellen der k. LGO. dieselbe Ausdrucksweise im Gegensatze zu liegenden Gütern gebraucht ist (Erk. d. oberst. GH. v. 7. Juni 1861 abgedr. in d. Bl. f. RA. Bd. 27 S. 363), und auch schon die Worte: „der Zins" in §. 4 des 96. Titels entnehmen lassen, daß auch zinstragende Kapitalien, also Forderungen, darunter begriffen seien. Allein aus anderen Erwägungen ergibt sich, daß die k. LGO. keine dem gemeinen Rechte zuwiderlaufende Bestimmung hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß des Ehemannes an dem Heimsteuer- (Dotal-) Vermögen der Ehefrau, sofern solches nicht in Immobilien besteht, bei dem Güterstande der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft treffen wollte. — Die gesetzgeberische Absicht der Bestimmungen der §§. 3 u. 4 Tit. 96 ist nämlich zunächst nur darauf gerichtet, den Gegensatz der jedem Ehetheile eigenen Vermögenssubstanz zu dem gemeinschaftlichen, dem Errungenschaftsvermögen, zu präzisiren. Die Absicht, hinsichtlich jeden Bestandtheiles, hinsichtlich jeder Art der dos, abweichend von den gemeinrechtlichen Bestimmungen, die ausschließende Veräußerungsbefugniß der Ehefrau zu vindiziren, lag dem Gesetzgeber ferne. Dies ist vorerst deshalb anzunehmen, weil sonst anderweitige gesetzliche Bestimmungen, namentlich jene in Tit. 102 §. 2 u. 4, dann Tit. 103 §. 1, damit entweder gar nicht oder doch nur schwer vereinbar wären.

In der erstbezeichneten Beziehung schließt die Bestimmung Tit. 102 §. 2 das Anfechtungsrecht der Ehefrau bei nachtheiligen Verfügungen des Ehemannes über das Heirathgut der Ehefrau in den Worten: „so sie außerhalb des Heirathgutes herzu-

Digitized by Google

gebracht hat," geradezu aus. Die zweite der angeführten Bestimmungen (Tit. 102 §. 4) scheint eine Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die nicht in Immobilien bestehende dos vorauszusetzen, indem sie von einer Sicherung des Heirathgutes der Ehefrau durch ein Generalpfandrecht auf den Immobilien des Ehemannes spricht. Würde der Ehefrau schlechthin an ihrem Heirathgute das ausschließende Eigenthums- und Veräußerungsrecht zustehen, so hätte es kaum einer Bestimmung über die pfandschaftliche Haftung der Immobilien des Ehemannes für dasselbe bedurft, einer Haftung, welche eine giltige Veräußerung des Ehemannes bezüglich der Substanz des Heirathgutes unterstellt und zur Abwendung der hieraus entstehenden Nachtheile für die Ehefrau auf den Fall dient, daß die Restitutionsverbindlichkeit des Ehemannes eintritt. Auf eben dieser Voraussetzung der Befugniß des Ehemannes zu einer giltigen Veräußerung der nicht in Immobilien bestehenden dos der Ehefrau scheint endlich auch und zwar in dem eben bezeichneten Sinne die dritte der vorbezeichneten Bestimmungen der k. LGO. zu beruhen, nämlich Tit. 103 §. 1. Die Ausdrucksweise der k. LGO. in Tit. 96 §. 3, Tit. 97 §. 2: „sein eigen," „eigen" bezüglich der hier in Frage stehenden dos läßt ebensowenig wie viele Stellen des röm. Rechtes (angeführt in Windscheid's L.-B. d. PR. §. 496 Note 3) auf ein das Veräußerungsrecht des Ehemannes schlechthin ausschließendes Eigenthumsrecht der Ehefrau an der dos während des Bestandes der Ehe schließen. Der natürliche Grundgedanke der hier einschlägigen Provinzialgesetzgebung und des römischen Rechtes ist der gleiche: nämlich der Ehefrau verbleibt das Kapital der dos, dem Ehemanne gebührt der Ertrag desselben. — Gleichwohl ist aber diese natürliche Auffassung wegen des Zweckes

Digitized by Google

der dos: als ein Beitrag zu dem Vermögensaufwande zu dienen, welcher dem Manne aus der Ehe erwächst (onera matrimonii), der Form nach nicht in der Art im Gesetze verwirklicht, daß der Ehemann auf den bloßen Nießbrauch beschränkt wäre, sondern er erwirbt das ihm als dos Zukommende zu vollem Rechte, zur freien Verfügung darüber mit der Verpflichtung zur Restitution auf den Fall der Auflösung der Ehe.

Wurde ferner der von dem Beklagten vorgelegte Vertrag vom 28. Nov. 1865 an diesem Tage, also vor der fraglichen Cession vom 29. dess. Mon., abgeschlossen und in demselben auch die Errungenschaftsgemeinschaft unter den R.'schen Eheleuten unbedingt und für alle Folge aufgehoben, so trat für die ehelichen Güterverhältnisse dieser Ehegatten das gemeine Recht als Hilfsrecht in Wirksamkeit und damit ist, bei der unbestrittenen Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die hier fragliche Heimsteuerforderung, die angestellte Klage gleichfalls an sich begründet.

Wenn von der vorigen Instanz auch die Bestimmung des Tit. 101 §. 1 der k. LGO. für die Veräußerungsbefugniß des Ehemannes, also für die Giltigkeit der Cession mit Nachlaß, angeführt worden ist, so kann allerdings eine sichere Folgerung aus dieser Stelle der k. LGO. allein nicht gezogen werden, da dieselbe nur von dem Rechte des Ehemannes, die dos von dem Besteller einzufordern und darüber ohne besondere Vollmacht der Ehefrau giltig zu quittiren, spricht. Allein jedenfalls unterstützt diese Stelle der k. LGO. in erheblicher Weise die von der vorigen Instanz vertretene und anmit gebilligte Rechtsansicht, indem hier durch die Worte: „als der die Bürden der Ehe trägt —" der Grund angeführt wird, aus welchem das gemeine Recht — obschon demselben,

Digitized by Google

wie bereits erwähnt, ebenfalls der natürliche Gedanke zu Grunde liegt, daß dem Ehemanne der Ertrag und die Administration der dos zustehe, deren Substanz jedoch der Frau verbleibe, — doch dem Ehemanne an der dos (die in liegenden Gütern bestehende allein ausgenommen) ein unbeschränktes Veräußerungsrecht einräumt.

Uebergehend zu den Ausführungen der Revisionsschrift des Beklagten, insoweit solche nicht bereits im Vorstehenden berührt wurden, so kömmt Folgendes zu bemerken. Allerdings kann nach fränkischem Provinzialrechte der auf dem römischen Dotalsysteme beruhende eheliche Güterstand nicht als gesetzlicher bezeichnet werden; denn derselbe tritt nur dann ein, wenn die Eheleute die gesetzlichen Güterstände — der allgemeinen Gütergemeinschaft und der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft — durch Vertrag ausschließen. In diesem Falle tritt aber zufolge dieses Ausschließungsvertrages der Güterstand des römischen Dotalrechtes vermöge der Geltung des gemeinen Rechtes als Hilfsrechtes in Wirksamkeit, wie dies in dem gegenwärtigen Falle in Folge des Vertrages vom 28. Nov. 1865 der Fall ist. Ohne diese Annahme würde es in einem solchen Falle an einem Gesetze über die Güterverhältnisse der Eheleute gänzlich fehlen. — Allerdings hat ferner nach der k. LGO. Tit. 102 §. 1 u. 2, Mandat vom 22. Juli 1777 (Mandatensammlung Bd. III S. 152), Mandat vom 25. März 1770 (MS. Bd. I S. 499) der Ehemann kein Verfügungsrecht über Bestandtheile des gemeinschaftlichen, des Errungenschaftsvermögens in dem Güterstande der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft zum erheblichen Nachtheile der Ehefrau, nnd es besteht dieses Vermögen vornehmlich aus den Nutzungen des beiderseitigen Separatvermögens. Es sind hienach vermöge dieser Bestimmungen die von dem

Ehemanne in solcher Weise geschlossenen Kontrakte anfechtbar von Seiten der Ehefrau. Allein diese, auch schon von der I. Instanz für die Abweisung der Klage angeführten Bestimmungen finden, abgesehen davon, daß Tit. 102 §. 2, wie schon oben angeführt, das Heirathgut der Ehefrau speziell ausscheidet, keine Anwendung auf den gegenwärtigen Fall, wo es sich von einer Veräußerung eines Separatvermögensobjektes von Seite des Ehemannes handelt, von welchem nur die Nutzungen in das gemeinschaftliche Vermögen fallen, welches Vermögensobjekt der Ehefrau „eigen", jedoch nur in dem oben ausgeführten beschränkten Sinne des gemeinen Rechtes verbleibt, von welcher rechtlichen Auffassung auch das fränkische Provinzialrecht, wie bereits erörtert, nicht abweicht. Und gerade hierin muß der Grund erblickt werden, aus welchem in Tit. 101 §. 2 der k. LGO. das Heirathgut der Ehefrau ausgeschieden ist. — In dem Vertrage vom 28. Nov. 1865 endlich, wodurch jede Gütergemeinschaft, auch die damals noch bestandene partikuläre Errungenschaftsgemeinschaft ausgeschlossen wurde, ist am Schlusse eine Wahrung der „weiblichen Rechte von Seiten der N.'schen Ehefrau gegenüber den von ihrem Ehemanne ohne ihr Wissen und Willen kontrahirten Schulden beigefügt. Diese an sich selbstverständliche Wahrung der Rechte der Ehefrau, welche ihr aus den früher bestandenen Güterständen gegenüber den von ihrem Ehemanne einseitig kontrahirten Schulden zustanden, ist ohne alle rechtliche Bedeutung für die hier fragliche Veräußerungsbefugniß des Ehemannes an Gegenständen der ehefräulichen dos, soferne nur diese Befugniß dem Ehemanne rechtlich zukömmt, und dieses zu begründen war gerade die Aufgabe der vorstehenden Erörterung."

OAGE. v. 2. Nov. 1867 RNr. $1183^{66}/_{67}$.
77.

Digitized by Google

2.

Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillings bedürfen zu ihrer Giltigkeit der notariellen Verbriefung nicht.

Vgl. Bd. XXXII S. 244, 245, 246; Erg.-Bd. S. 108 u. 197.

E. hatte an B. ein Mühlanwesen zu H. verkauft und es wurde der Kaufvertrag am 22. März 1863 notariell verbrieft. Dabei wurde dem Käufer ein 37,900 fl. betragender Theil des Kaufschillings kreditirt, welcher mit 4% verzinst werden und zwei Jahre lang unaufkündbar, dann aber halbjährig kündbar sein sollte. Zur Sicherung dieser Schuld errichtete der Käufer Hypothek auf dem erkauften Anwesen, welches er später an F. weiter verkaufte.

Am 20. Januar 1865, also kurz vor dem Termine, an welchem die Kündbarkeit des Kapitales eingetreten wäre, schlossen E. und B. ein Uebereinkommen ab, wonach B. 7900 fl. an Michaelis 1865, die übrigen 30,000 fl. aber ohne weitere Kündigung an Michaelis 1866 zahlen sollte, wogegen das ganze Kapital zu 37,900 fl. vom 24. Sept. 1864 an mit 4½ % verzinst werden sollte. Dieses Uebereinkommen soll F. genehmigt und dem E. gegenüber die bezeichneten Verbindlichkeiten des B. übernommen haben.

Als aber E. nach Ablauf der Michaelisfrist 1865 gegen F. unter Bezugnahme auf dessen vertragsmäßige Schuldübernahme persönliche Klage auf Zahlung der 7900 fl. nebst 4½ % Zinsen seit 1. Jan. erhob, wandte dieser unter Anderem ein, daß das Uebereinkommen vom 20. Jan. 1865 wegen mangelnder notarieller Verbriefung nichtig sei, da es eine Nebenabrede zu dem Kaufvertrage vom 22. März 1863 bilde, zudem den Einträgen im

Digitized by Google

Hypothekenbuche widerspreche, also auch aus diesem Grunde notariell hätte verbrieft werden sollen.

Bei Beurtheilung dieser Einwendungen sprach sich der oberste Gerichtshof dahin aus:

„Daß das Uebereinkommen, welches nach der Klagebehauptung zwischen dem Kläger und B. als früherem Besitzer des Mühlanwesens zu H. am 20. Jan. 1865 geschlossen wurde, den Kauf des Mühlgutes nicht weiter betrifft, ist nach dem vorgetragenen Inhalte von selbst klar. Der Immobilienkauf hat seinen endgiltigen Abschluß und seine volle Rechtswirksamkeit durch die notarische Beurkundung erlangt; was später in dem Vergleiche vom 20. Jan. 1865 weiter über die Zeit der Zahlung des Kaufschillingsrestes von 37,900 fl. und dessen Verzinsung beziehungsweise über die Erhöhung des Zinsfußes auf $4^1/_2$ % festgesetzt wurde, bildet einen neuen Vertrag, der wie die Gutserwerbung so auch das durch den Kauf für den Kaufschilling begründete Forderungsrecht in seiner Wesenheit durchaus unangetastet läßt. Dieses Uebereinkommen enthält nur eine Stundung des größten Theiles des stipulirten Kaufschillingsrestes gegen Uebernahme der Verbindlichkeit eines höheren Zinsfußes; damit wird aber offenbar nicht an die Stelle des notarischen Vertrages ein anderer eingeschoben, sondern nur über Nebenbestimmungen des Forderungsrechtes, wie es der notarische Vertrag gewährt und festgestellt hat, eine weitere Vereinbarung getroffen. Der hieraus abzuleitende Anspruch ist offenbar nur ein persönlicher, steht in gar keinem Zusammenhange mehr mit dem Mühlgutskaufe, und kann daher aus dem Gesichtspunkte der in Mitte liegenden Immobilienerwerbung unter die Vorschrift des Art. 14 des Not.-Ges. nicht subsumirt werden. Ebensowenig vermag aber auch der Umstand, daß die Kaufschillingsforderung, deren Verfallzeit und Verzinslichkeit

Digitized by Google

durch den Vertrag vom 20. Jan. 1865 neu geordnet wurde, hypothekarisch auf dem Kaufskomplexe sichergestellt ist, eine die Anwendung des Art. 14 des Notariatsgesetzes bedingende dingliche Beziehung herbeizuführen. Der Sinn dieser Gesetzesbestimmung gestattet keine größere Tragweite, als daß von ihr jene Verträge getroffen werden, bei welchen dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen den Gegenstand der Vereinbarung bilden, sei es, daß ein dingliches Recht bestellt oder übertragen wird.

Der Vertrag vom 20. Jan. 1865 hat aber in keiner Weise das dem Kaufschillingsreste von 37,900 fl. und den 4 % Zinsen hievon eingeräumte Hypothekenrecht zum Gegenstande, und es ist weder auf letzteres hingewiesen, noch auch für die Zinsfußerhöhung ein Hypothekeintrag bedungen. Als Gegenstand des ebenbezeichneten Vertrages erscheinen vielmehr nur die eine Stundung in sich schließende Bestimmung des Heimzahlungstermines und die Zinsfußerhöhung. Daß dadurch keineswegs die Art und Weise, wie das dingliche Recht an der unbeweglichen Sache, hier das Hypothekrecht, ausgeübt werden könne, geregelt, sondern vielmehr die hier der Kaufschillingsforderung entsprechende Hauptverbindlichkeit berührt werde, kann keinem Zweifel unterliegen; denn der Hypothek kömmt nach der dem Begriffe des Pfandrechtes entnommenen Bestimmung des §. 2 des Hypothekengesetzes nur eine accessorische Eigenschaft zu, auf das Hypothekenrecht kann daher die fragliche Stipulation nur so weit rückwirken, als es die accessorische Eigenschaft und der Grundsatz der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches mit sich bringt.

Mit Rücksicht hierauf bleibt die Verfallterminsbestimmung, während sie nothwendig auf die Kaufschillingsrestforderung ihre Wirkung äußert, ohne unmittelbaren Einfluß auf das Hypothekrecht, weil

Digitized by Google

nach Maßgabe des §. 145 des Hypothekengesetzes die Verfallzeit nicht zu der Forderungsbezeichnung, für welche vom Gesetze der Eintrag im Hypothekenbuche verordnet ist, gehört, und deshalb auch auf solche Forderungsnebenbestimmung die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nicht ausgedehnt sind (vgl. v. Gönner's Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. II S. 254). Was aber die stipulirte Zinsfußerhöhung betrifft, so erstreckt sich die Hypothek für das Kaufschillingskapital nach §. 42 des Hypothekengesetzes gegen den Schuldner sowohl als gegen jeden Besitzer auf die Zinsen für den Zeitraum, für welchen sie überhaupt in Betracht kommen können, nur dann, wenn die Verzinslichkeit nach Maßgabe der Vorschrift des §. 22 Nr. 8 des angezogenen Gesetzes im Hypothekenbuche eingetragen ist. Von einer Stipulation des Eintrages der Zinsfußerhöhung im Hypothekenbuche enthält der Klagevortrag nichts, und nach Inhalt des der Klage angefügten Vertrages ist davon keine Rede. Das Hypothekenrecht bleibt also auch hier von dem Vertrage vom 20. Jan. 1865 unberührt, es umfaßt nach wie vor unverändert die Sicherung des Kapitales von 37,900 fl. und der Zinsen hievon zu 4%, und es kann für den angezogenen Vertrag, der für die neue Festsetzung der Verfallzeit wie für die Zinsfußerhöhung mit einer Einwirkung auf das Hypothekrecht nicht befaßt ist, zu dessen Giltigkeit der notarischen Verlautbarung nicht bedürfen".

OAGE. v. 4. Nov. 1867 Reg.-Nr. $1023^{66}/_{67}$.

77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 29. Febr. 1868. 33. Jahrgang. Nº. 5.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zu Art 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypothekforderungen. — Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit. — Vindikation von Inhaberpapieren.

Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypothekforderungen.

Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 113, 193, 201, 232, 369; Bd. XXXII S. 340, 369; Bd. XXXIII S. 1.

Nach älterem römischen Rechte war nicht nur für die freiwillige, sondern auch für die nothwendige Cession eine besondere Willenserklärung des Cedenten erforderlich. Wenn daher der Verpflichtete aus irgend einem Grunde die Abgabe dieser Erklärung verweigerte, so blieb dem Berechtigten nichts übrig, als dieselbe auf dem Wege gerichtlicher Klagestellung zu erzwingen.

Dieser lästige und oft sehr nachtheilig wirkende Umweg wurde später in einer großen Reihe von Fällen dadurch beseitigt, daß man dem Berechtigten, der früher nach abgegebener Cessionserklärung nur mandatis actionibus als procurator in rem suam auftreten konnte, nun suo nomine mittelst einer actio utilis gegen den Schuldner vorzugehen gestattete.

Im heutigen Rechte ist selbst dieser Unterschied

Digitized by Google

der Klagen verschwunden. Die nothwendige Cession wird stets so behandelt, als ob sie wirklich geschehen wäre, so daß sich also der Berechtigte ohne Vorführung eines Cessionsaktes durch die bloße Thatsache, durch welche die Verpflichtung zur Cession begründet wird, gegen den Schuldner ad causam legitimirt [1]).

Wenn nicht bewiesen werden kann, daß dieses ganze Rechtsverhältniß durch Art. 14 des Not.-Ges. umgestürzt sei, so läßt sich derselbe schlechterdings nicht auf nothwendige, sondern nur auf freiwillige Cessionen anwenden; denn die Verträge, die dieser Artikel umfaßt, werden erst rechtsgiltig durch deren notarielle Beurkundung; diese aber kann, weil ohne sie gar keine Verbindlichkeit besteht, durch keine Klage erzwungen und daher nur durch freien Willen des Cedenten bewirkt werden; die nothwendige Cession ist aber unabhängig von dem Willen des bisherigen Gläubigers und die Verpflichtung zu derselben ist schon durch das Gesetz mit der Existenz eines gewissen Verhältnisses verknüpft. Man kann, wo ein Cessionsakt schon überhaupt nicht erforderlich ist, nicht die Beurkundung desselben verlangen, welche noch überdies nicht erzwingbar wäre, und man kann wegen Unterlassung derselben nicht als null erklären, was schon durch das Gesetz fingirt wird.

Zu den Fällen der cessio necessaria gehört nun insbesondere die Abtretung der für eine cedirte Forderung bestehenden Pfandrechte. Diese gehen, wenn sie nicht durch besonderen Vorbehalt ausgenommen sind, auch wider den Willen des Cedenten auf den Cessionar über, so daß also die no-

[1]) Savigny, Oblig.-R. Bd. I S. 245 ff.; Puchta, Pandekten §. 281 u. Vorles.

tarielle Beurkundung der Cession von Hypothekforderungen zu deren Giltigkeit nicht erforderlich sein kann, indem die Abtretung der Forderung nur ein persönliches Recht betrifft und die Abtretung der Hypothek, wenn auch als cessio voluntaria, doch nicht als nach Wegfall dieser noch immer verbleibende cessio necessaria dem Art. 14 unterworfen ist.

Die Gegner dieser Ansicht sagen aber, man könne die cessio necessaria als fictio legis zwar nicht für sich unter Art. 14 stellen, wohl aber den Vertrag, durch welchen sie zur Entstehung komme; und da nun die Cession des Forderungsrechtes die Grundlage für den Uebergang der Hypothek bilde, und diesen bewirke, so sei dieselbe ein Vertrag, welcher ein dingliches Recht betreffe[2]) und als solcher ohne notarielle Beurkundung nichtig sei, wodurch sodann auch die cessio necessaria der Hypothek zusammenfalle. Der Einwendung, daß es

---

2) Dieses Betreffen müßte, um den Art. 14 anwendbar zu machen, nach der Erörterung in Bd. XXXI S. 369 dieser Blätter ein unmittelbares sein; die Ueberlassung der Hypothek aber, welche durch cessio necessaria bewirkt wird, folgt nur mittelbar (mediante lege) aus dem Vertrage.

Mag man auf jene Erörterung auch keinen Werth legen, so kann man doch die in Bd. XXX S. 266 mitgetheilte oberstrichterliche Entscheidung nicht unbeachtet lassen.

Hier wird ausgesprochen, daß der universelle Erbvertrag, wo er nicht nach besonderer Vorschrift der nothwendigen Beurkundung unterworfen ist, derselben auch nach Art. 14 nicht unterliege, auch wenn sich zur Zeit seines Abschlusses oder beim Tode des Kontrahenten dingliche Rechte in dessen Vermögen befinden, weil die Uebertragung dieser Rechte nicht unmittelbar durch den Vertrag, sondern erst durch die hiedurch begründete Erbfolge bewirkt werde.

Digitized by Google

nicht angehe, die Hauptsache wegen der Nebensache als nichtig zu erklären, begegnen sie mit der Behauptung, daß es nach dem Sinne des Art. 14 unzulässig sei, hier eine Zerlegung in Haupt- und Nebensache vorzunehmen, daß vielmehr die Cession einer Hyp.-Forderung als ein einziges Ganze behandelt werden müsse.

Diese Entgegnung wäre allerdings von entscheidendem Gewichte, wenn ihr nicht entgegenstünde, daß, wer eine Hypothekforderung cedirt, jedenfalls zwei verschiedene Klagen abtritt, eine persönliche und eine dingliche, und daß, wenn es sich um die Nichtigkeit eines Geschäftes handelt, vor Allem zu untersuchen ist, ob sich der Nichtigkeitsgrund auf das ganze Geschäft oder nur auf einen Theil erstrecke. Der für sich einer Nichtigkeit nicht unterworfene Theil muß sodann, insoferne er in der Trennung für sich allein bestehen kann, als rechtsgiltiges Geschäft aufrecht erhalten werden.

Dies ist der wahre und unbestrittene Sinn des Rechtsaxiomes: „utile per inutile non vitiatur“ [3]), dessen Anwendbarkeit für vorliegende Frage daher mit bestem Grunde zu behaupten ist, weil sich ein Nichtigkeitsgrund aus Art. 14 jedenfalls nur wegen des dinglichen Rechtes entnehmen läßt, und weil beim Wegfalle der Hypothek in der Cession des persönlichen Forderungsrechtes immer noch ein Geschäft zurückbleibt, welches für sich allein rechtlich zu existiren im Stande ist.

Zwar mag der Cessionar, wenn er die Hypothek, welche er durch vertragsmäßige Abtretung nicht erhalten kann, auch nicht per cessionem legis erhalten könnte, nach Gestalt der Verhältnisse

[3]) Puchta, Pand. u. Vorles. §. 67; Weber: über natürl. Verbindlichkeit §. 74 (Ausg. II S. 330).

Digitized by Google

berechtigt sein, vom Cessionsvertrage abzugehen; wenn es aber seinem Interesse zusagt, die Forderung auch ohne Hypothek zu behalten, so besteht kein Rechtsgrund, der ihn hierin verhindern könnte; mit anderen Worten: dem Cessionar steht möglicherweise ein Rescissionsgrund zur Seite, eine Nullität ist aber nicht vorhanden.

Selbst die oben S. 1 ff. mitgetheilte Erörterung gebraucht Ausdrücke, welche nur auf eine Rescissibilität gehen; sie führt S. 4 aus, daß sich dem Cessionar wider dessen Willen nicht zumuthen lasse, die Forderung ohne die Hypothek hinzunehmen, und S. 5 wird die Unterscheidung zwischen Rescissibilität und Nichtigkeit sogar durch einen Gegensatz hervorgehoben, indem gesagt ist, die Abtretung der Hypothek sei nichtig, die Cession der Forderung ohne Hypothek aber brauche der Cessionar nicht zu halten[1]).

---

[1]) Wenn das S. 5 angezogene fr. 57 de contrah. emt. (18, 1), welches (Savigny, Syst. Bd. III S. 284) eine ganz andere Rechtsmaterie betrifft, hier anwendbar wäre, so spräche es gegen die Meinung, für welche es angeführt ist. Diese Stelle handelt von dem Kaufe eines Hauses, wenn dasselbe a) ganz, oder b) zum größeren Theile oder c) nur bis zur Hälfte abgebrannt war, die Kontrahenten aber beim Kaufsabschlusse von dem Brande keine Kenntniß hatten. Im ersteren Falle besteht kein Kauf — nihil venisse — und diese hier angenommene Nichtigkeit hat einen sehr natürlichen Grund, weil nun ein Kaufsobjekt gar nicht vorhanden ist, indem, wie ausdrücklich beigefügt ist, die area nicht in Betracht kommen soll, was für diesen speziellen Fall ausnahmsweise verordnet wird. Vergl. fr. 98 §. 8 de solut. (46, 3).

Im zweiten Falle ist der Käufer nur nicht gehalten, — non compellatur emtor — den Kauf zu erfüllen (Rescissibilität) und im dritten Falle ist er —

Digitized by Google

Im weiteren Verlaufe (S. 6) wird die Nichtigkeit der Abtretung des Forderungsrechtes aus dem Wegfalle der Hypothek als eines promissum, sohin zunächst aus der hiedurch eingetretenen Mangelhaftigkeit des Cessionsobjektes, und nicht, wie die Nichtigkeit der Hypothek, aus Art. 14 abgeleitet. Dies ist aber die verwundbarste Stelle der jenseitigen Meinung; denn die Unverbindlichkeit des Versprechens der Hypothek bewirkt nur, daß der Käufer nicht auf die Erfüllung desselben oder Entschädigung klagen, jedoch wegen dieses Nachtheiles, wenn er sich nicht per cessionem legis heben sollte, die Rescission des Kaufes begehren kann. Wie aber dieser den Käufer allein treffende Nachtheil den Verkäufer berechtigen könnte, jenem die Erwerbung der Forderung zu bestreiten, wenn er sie ohne vertragsmäßige Gewährleistung der Hypothek hinnehmen will, ist um so weniger einzusehen, als der hiefür angegebene Grund, daß nämlich dem Käufer sonst das durch Art. 14 bezielte spatium deliberandi entginge, hier offenbar nicht anschlägt.

Wenn aber weiter behauptet wird, daß die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und bloser Rescissibilität hier nur von geringer Bedeutung sei, so zwingen die praktischen Folgen zur Behauptung des Gegentheiles. Wenn z. B. eine Hypothekforderung schenkungsweise cedirt wird, so behält der Cessionar bei blos rescissibler Cession die Forderung, während ihm bei nichtiger Cession der Cedent die ganze Schenkung entziehen kann. Andere Beispiele von Verletzungen, welche durch die Annahme einer

---

coarctandus est emtor — zur Kaufserfüllung verbunden, dabei aber zu einem entsprechenden Abzuge am Kaufschillinge berechtigt. —

Digitized by Google

Richtigkeit entstünden, liegen sehr nahe, insbesondere wenn sich der persönliche Kredit des Schuldners unverhofft gebessert hat. Allerdings ist hier nicht blos das Interesse des Cessionars, sondern auch das des Cedenten in's Auge zu fassen. Dieser verliert, wenn die vertragsmäßige Abtretung der Hypothek als nichtig hinwegfällt, letztere nur kraft des Gesetzes und hat also auch für den rechtlichen Bestand derselben keine Gewähr zu leisten; er verliert sie aber auch dann, wenn er sie vom Vertrage ausnimmt, weil sie losgetrennt von der Forderung rechtlich nicht bestehen kann. Wer dieses eigenthümliche Verhältniß nicht beachten wollte, der müßte auch die unter ausdrücklicher Ausnahme der Hypothek geschehene Cession des bloßen Forderungsrechtes dem Art. 14 unterstellen, weil dieser Vertrag die Trennung der Forderung von der Hypothek und hiedurch den Untergang der letzteren bewirken, sohin gleichfalls ein dingliches Recht betreffen würde.

Die Behauptung, daß die Cession der Forderung, weil sie den Uebergang der Hypothek bewirke, dem Art. 14 unterliege, scheint schon überhaupt viel weiter auszugreifen, als mit dem natürlichen Rechtsgefühle verträglich sein möchte; denn nun muß man auch die Cession einer unversicherten Forderung, wenn sich ein Dritter wegen richtiger Zinszahlung auf gewisse Zeit für den Schuldner verbürgt und deswegen hypothekarische Kaution bestellt hat, in gleicher Weise behandeln, indem auch in diesem Falle die Cession der Forderung den Uebergang des dinglichen Rechtes bewirkt; und da hier die Hypothek nur ein Accessorium der Bürgschaft, diese nur ein Accessorium der etwa in Rückstand kommenden Zinsforderung und letztere wieder nur ein Accessorium der cedirten Kapitalforderung ist, so möchte es wohl kommen, daß die Kontrahenten im guten Glauben an die Entbehrlichkeit der Beur-

Digitized by Google

kundung diese zu ihrem Nachtheile unterlassen könnten.

Nimmt man aber ungeachtet aller Gegengründe an, daß die Cession einer Forderung ohne Beurkundung deshalb nichtig sei, weil sie, abgesehen von einer vertragsmäßigen Abtretung der Hypothek, die Grundlage der gesetzlichen Abtretung derselben bilde, dann fordert die unerbittliche Logik aus nur noch stärkeren Gründen, daß man auch jene Verträge als nichtig erkläre, welche die Grundlage der gesetzlichen Abtretung nicht nur der Hypothek, sondern auch der Forderung, sohin der Hypothekforderung als eines Ganzen, bilden. Dieses wird aber, so folgerichtig es wäre, kaum ausführbar sein, wie durch folgende Beispiele zu zeigen versucht werden soll.

1) Ein Verwalter erhält von seiner Gutsherrschaft den Auftrag, eine Partie Schlagholz um eine bestimmte Summe gegen Baarzahlung zu verkaufen. Der Verwalter erzielt diese Summe, bewilligt aber dem Käufer Fristenzahlung gegen Hypothekbestellung. Als ihn die Gutsherrschaft beauftragt, bei Vermeidung der Dienstentlassung den Kaufpreis baar zu beschaffen, bezahlt er diesen unter Vorbehalt der Cession der gutsherrlichen Hypothekforderung.

Hiedurch geht diese Forderung kraft des Gesetzes auf den Verwalter über, ohne daß ein förmlicher Cessionsakt erforderlich wäre. Der Grund dieses Ueberganges liegt in der Zahlung einer fremden Schuld, wozu der Verwalter wegen Ueberschreitung seiner Instruktion rechtlich angehalten werden konnte [5]).

Da die verlangte, dann unter Vorbehalt der Cession geleistete und so angenommene Zahlung zwei-

[5]) Bangerow, Leitf. Bd. III §. 574 Anmerk. III Nr. 4 (Ausg. v. J. 1849 S. 115).

felsohne ein wahrer Vertrag ist[6]) und als solcher die Grundlage der nothwendigen Cession der Hypothekforderung bildet, so müßte man diesen Vertrag vernichten und dem Verwalter überlassen, das Bezahlte mittelst der condictio sine causa zurückzufordern.

Wie könnte man aber dieses, da der Verwalter zur Zahlung der fremden Schuld rechtlich verbunden war?

Und wenn nun hier notarielle Beurkundung der Cession erforderlich wäre, diese aber von der Gutsherrschaft verweigert würde, so ergäbe sich, daß zwar die gesetzliche Verbindlichkeit zur Cession bestünde, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit aber durch kein gesetzliches Mittel erzwingbar wäre.

2) Wenn der Bürge einer Hypothekschuld diese unter Vorbehalt der Cession bezahlt, so erhält er die Hypothekforderung kraft des Gesetzes. Die Grundlage dieser cessio necessaria bildet der Bürgschaftsvertrag, indem dieselbe durch die bloße und nicht wegen der bürgschaftlichen Verbindlichkeit geleistete Zahlung nicht begründet wäre.

Will man hier, um nicht geschehen zu lassen, daß eine Hypothekforderung in Folge eines Vertrages per cessionem legis und ohne notarielle Beurkundung übergehe, den Bürgschaftsvertrag vernichten und den Bürgen hiedurch zur Kondizirung des Bezahlten berechtigen?[7])

---

[6]) Siehe die ausführliche Entwickelung des Vertragsbegriffes bei Savigny, System Bd. III S. 307 ff. Siehe auch Puchta, Pand. §. 54 und Vorlesungen hiezu; Arndts, Lehrbuch der Pand. §. 63, mit Anmerk. 1.

[7]) Der Bürgschaftsvertrag ist hier allerdings nur die mittelbare Grundlage der cessio necessaria; man kann aber deßhalb nicht sagen, daß dieses Bei-

Digitized by Google

3) A besitzt zwei Häuser mit besonderen Hypothekfolien, auf welchen beiden eine Forderung des B mit ungetheilter Summe eingetragen ist. Eines dieser Häuser verkauft nun A an C, ohne daß dieser die Hypothek übernimmt. Da ihm aber daran liegt, daß diese auf seinem Hause gelöscht werde, und die Löschung von A nicht sogleich bewirkt werden kann, so schließt er mit B mit besonderer Rücksicht auf die diesem zustehende Hypothek einen Vertrag, vermöge dessen er die Forderung des B bezahlt, wogegen dieser die Hypothek auf dem Hause des C löschen und die Hypothek auf dem Hause des A auf den C als seinen Cessionar umschreiben läßt.

Wenn auch anzunehmen wäre, daß diese Cession als freiwillige der notariellen Beurkundung bedürfe, so ist sie doch als die aus der vertragsmäßigen Zahlung folgende cessio necessaria rechtsgiltig, indem nach §. 58 des Hyp.-Ges. der dritte Besitzer, welcher eine Hyp.-Schuld bezahlt hat, von selbst in alle Rechte des befriedigten Hypothekgläubigers eintritt. Oder sollte §. 58 des Hyp.-Ges., nach welchem der Uebergang der Forderung und der Hypothek (Gön-

---

spiel nicht zutreffe; denn es ist ja gegen diejenigen gerichtet, welche die nicht beurkundete Cession des Forderungsrechtes vernichten, wenn sie eine cessio necessaria der Hypothek zur Folge hat, und welche sohin (siehe oben Note 2) nicht zugeben, daß nur die das dingliche Recht unmittelbar betreffenden Verträge dem Art. 14 unterliegen.

Indessen bildet die wegen der Bürgschaft unter Vorbehalt der Cession geschehene Zahlung schon selbst wieder einen vom Bürgschaftsvertrage verschiedenen wahren Vertrag, gleichwie z. B. auch die durch einen Kaufvertrag nothwendig gewordene Tradition ein neben dem Kaufvertrage stehender zweiter Vertrag ist. Savigny a. a. O. S. 313.

Digitized by Google

ner's Komm. Bd. I S. 462 Nr. 2 u. 3) ohne ausdrückliche oder förmliche Cession geschieht, nunmehr dahin geändert sein, daß seine Wirksamkeit von Erfüllung der im Art. 14 vorgeschriebenen Form abhängt? Und wie dann, wenn der vertragsmäßig befriedigte Gläubiger die Erfüllung dieser (die Nichtexistenz einer Verbindlichkeit voraussetzenden und daher unerzwingbaren) Form verweigert?

Bei Betrachtung dieser und ähnlicher Beispiele könnte die oberstrichterliche Rechtsprechung vielleicht überraschend sein; den Verfasser aber hat sie niemals überrascht. Er ist nicht so vermessen, eine von einer großen Anzahl der achtbarsten Rechtsgelehrten als zweifelhaft [8]) erkannte Frage als unbezweifelbar zu erklären, so wie er auch früher (Bd. XXXI S. 201) nur geäußert hat, daß die dieser Rechtsprechung entgegenstehenden Gründe doch wohl überwiegend sein dürften.

Was ihn überraschte, war nur die Art und Weise der im vorigen Bande S. 340 ff. mitgetheilten Widerlegung der Gegengründe, und er konnte nach dem ganzen Inhalte der im vor. Bd. S. 369 ff. gedruckten Bemerkungen durch dieselben nichts weiter beabsichtigen, als zu zeigen, daß die diesseitige Meinung, wenn sie nicht aus anderen Gründen zu widerlegen sei, sich noch immer behaupten könne.

Sollte er hiebei zu eifrig vorgegangen sein,

---

[8]) Wer die Frage auch nur für zweifelhaft hält, wird als Richter eher der hier vertheidigten als der anderen Meinung zu folgen haben, weil Art. 14 als Ausnahmsgesetz erscheint, und weil man billig Anstand nehmen muß, wegen einer Form, wenn die Nothwendigkeit der Beobachtung derselben nicht über allen Zweifel feststeht, das materielle Recht zum Opfer zu bringen.

Digitized by Google

so wäre dieses kaum bedauerlicher, als wenn andererseits die hohe Wichtigkeit der Streitfrage gar nicht erkannt werden will.

Es handelt sich nicht blos um Mühe und Auslagen, obwohl auch diese nicht völlig unbeachtet bleiben können; es handelt sich um das sichere Erkennen der bei einem tagtäglich vorkommenden Rechtsgeschäfte zu beobachtenden Form; denn wenn einer der Kontrahenten die notarielle Beurkundung verweigert, weil er sie für unnöthig hält, so kann ihn der andere Kontrahent nicht zwingen, und dann muß ja doch die Frage der Rechtsgiltigkeit des Geschäftes und der Statthaftigkeit einseitiger Reue zur Entscheidung kommen. Durch die Konsequenzen der Gründe, aus welchen die Nothwendigkeit der notariellen Beurkundung der Hyp.-Cession entwickelt wird, ist aber, wie gezeigt, die unveränderte Wirksamkeit einer ganzen, nur nach sorgfältigen Studien zu überblickenden Reihe gesetzlicher Vorschriften in Frage gestellt, so daß selbst dem Blicke des Rechtsverständigen die Nothwendigkeit der Beurkundung sehr leicht entgehen kann, auch wenn er der oberstrichterlichen Ansicht folgen will.

Man denke außer den vorerwähnten Fällen z. B. an die in Partialobligationen au porteur emittirten sogenannten Herrschaftshypotheken. Es läßt sich vielleicht behaupten, daß die persönliche Schuldklage, wie die actio hypothecaria, nur dem im Hyp.-Buche als Hauptgläubiger eingetragenen Emittenten zustehe; es liegen aber auch sehr erhebliche Gründe dafür vor, daß die Inhaber der Partialobligationen als Cessionare mit jenen beiden Klagen selbständig auftreten können. Letzteres wird in Bd. XI S. 1 ff. dieser Zeitschrift ausführlich zu zeigen gesucht. Ist diese Ausführung richtig — und der oberste Gerichtshof hat sie (Bl. f. RA. Bd. VI S. 12 und Bd. XVI S. 368) als richtig er-

Digitized by Google

kannt — dann sind alle seit Einführung des Notariatsgesetzes ohne notarielles Zuthun erfolgten Cessionen dieser Obligationen der Nichtigkeit ausgesetzt. Solche Cessionen finden aber noch immer statt, ohne daß die Kontrahenten eine Ahnung der Nothwendigkeit notarieller Beurkundung haben, so daß vielleicht kein Notar eine derlei Cessionsurkunde aufzuweisen im Stande ist.

Selbst bezüglich des Wechselgiro, wenn für den Wechsel eine Hypothek besteht, hat die vom obersten Gerichtshofe in dieser Frage genommene Stellung störende Besorgnisse erzeugt, was hier nur einfach bemerkt, aber keineswegs als gerechtfertigt anerkannt werden soll; denn die richtige Meinung wird doch nur dahin gehen, daß das Wechselgiro, auch wenn es, was sehr häufig nicht der Fall ist, auf einer Cession beruht, doch nicht als solche, sondern ohne Untersuchung des Titels stets nur als das besondere Wechselgeschäft zu betrachten ist. Lautet nun die eingetragene Hypothek auf einen bestimmten Wechselnehmer, so kann sie auch nur als Kaution für diesen wegen des ihm gegen die späteren Wechselinhaber obliegenden Wechselregresses angesehen werden, wonach sie also gar nicht dazu bestimmt ist, durch das Giro auf die jedesmaligen Giratare überzugehen. Ist aber die Hypothek für den jeweiligen Inhaber des Wechsels eingetragen, was (Bl. f. RA. Bd. XIII S. 321; Gönner's Komm. Bd. II S. 311) nach dem Hyp.-Gesetze wohl zulässig erscheinen mag, so wird man wegen der Hypothek das Giro, indem es auf dem einem ganz besonderen Gesetze unterworfenen Wechselvertrage beruht, auch nicht auf den Grund des Art. 14 vernichten, alsdann aber auch nicht hindern können, daß die Hypothek ohne notarielle Beurkundung mit der Forderung übergehe.

Rm.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit.

Vgl. Bd. XXVI S. 252.

Das Recht auf Bezug von Holz aus einer gutsherrlichen Waldung stand dem Inhaber einer Badergerechtsame zu. In einem Rechtstreite hierüber wurde die Befreiung von der Holzabgabe auch aus dem Grunde angesprochen, weil die Badergerechtsame nicht mehr existire, sondern durch Nichtgebrauch erloschen sei, und es wurde darüber gestritten, ob zu dieser erlöschenden Verjährung ein dreißigjähriger Nichtgebrauch erforderlich oder schon ein zehnjähriger hinreichend sei.

Der oberste Gerichtshof entschied sich für erstere Ansicht. In den Entscheidungsgründen führte derselbe aus, daß die Gerechtsame als Ehehaft im Sinne des bayer. LR. Th. II Kap. VIII §. 17 anzusehen sei, bei welcher nur insoferne eine Eigenthümlichkeit bestehe, als für die Baderdienstleistungen nicht blos von den Bewohnern des Dorfes, für welche die Ehehaft konstituirt wurde, Entgelt geleistet wird, sondern auch von der ehemaligen Grundherrschaft der Einwohner dieses Dorfes im Interesse der ehemaligen Grundholden Holzreichnisse, welche mit der Verpflichtung zur Einrichtung und Haltung einer Badstube zusammenhängen, gemacht werden.

Es wird dann weiter gesagt: Die Ehehaften sind zwar im bayerischen Landrechte unter den Dienstbarkeiten aufgeführt (a. a. O. Th. II Kap. VIII Ueberschrift u. §. 17), und es ist für diese in Kap. VII §. 8 a. a. O. die Regel aufgestellt, daß sie per non usum innerhalb 10 Jahren erlöschen und zwar auch im Falle der Diskontinuität, wenn die Dienstbarkeit nur stunden-, tag- oder wochenweise in Ausübung gebracht wird, was auf die Baderfunk-

Digitized by Google

tionen immerhin Anwendung fände. Allein §. 16 und 17 des Kap. VIII a. a. O., welche von servitutähnlichen Gerechtigkeiten und von den Ehehaften sprechen, sagen selbst, daß diese keine eigentlichen Servituten seien (Eingang des §. 17); sie verweisen auch nicht auf die in Kap. VII §. 8 a. a. O. enthaltene Bestimmung über die Extinktivverjährung. Diese Bestimmungen passen ihrer Natur nach auch nur für solche Dienstbarkeiten, wie sie in §. 1 des Kap. VII definirt sind, nämlich auf Gerechtsame, deren man sich auf fremdem Gute zu erfreuen hat. Badehehaften sind aber Gerechtsame, welche auf dem Anwesen, auf welchem die Badstube errichtet ist und zugleich auf den Besitzungen der Gemeindeglieder, denen die Baderfunktionen geleistet werden, haften. Der Besitzer der Ehehaft-Badergerechtigkeit erscheint nicht blos als Berechtigter, sondern zugleich auch als Verpflichteter; es bestehen wechselseitige Verpflichtungen und ist somit die Ehehaftbadergerechtsame ein ganz singuläres Rechtsinstitut, welches eine größere Verwandtschaft mit den deutschrechtlichen Realrechten und Reallasten hat. Solche Rechte und Lasten erlöschen aber durch Nichtgebrauch, wenn von dem Tage an gerechnet, da zum letzten Male die Leistung verlangt wurde, 30 Jahre verflossen sind; sie verjähren mit der Klage, welche auf ihre Leistung gestellt werden konnte. GO. Kap. IV §. 3; vergl. Gerber, d. Privatr. §. 171 u. Note 4.

OAGE. v. 30. Okt. 1867 RNr. $1099^{66}/_{67}$.

77.

2.

Vindikation von Inhaberpapieren.

Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 69, Bd. XV S. 325; Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 4 u. 252, Bd. VI Nr. 313, Bd. VII Nr. 152, Bd. IX Nr. 206, 331, Bd. X Nr. 201, Bd. XIII Nr. 56, Bd. XVI Nr. 137, Bd. XIX Nr. 177.

B. Z. hatte das in Inhaberpapieren bestehende Vermögen ihres Geliebten N. M. verwaltet. Als nach dessen Tode seine Mutter und Erbin die hie-

Digitized by Google

durch in die Hände der B. Z. gekommenen Papiere als Bestandtheile der Erbschaft zurückforderte, berief sich die Beklagte unter Anderem darauf, daß der redliche Besitzer von Inhaberpapieren gegen deren Vindikation geschützt sei. — Die Entscheidungsgründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses in der Sache sagen bei Würdigung dieses Einwandes:

„Nach den bestehenden Bestimmungen über die Vindikation von Papieren auf den Inhaber soll der Erwerb solcher Papiere in gutem Glauben Eigenthumsrecht verleihen, ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer Eigenthümer war. Diese Bestimmungen setzen selbstverständlich voraus, daß dem einschlägigen Akte auch wirklich die Absicht zu Grunde lag und zu Grunde liegen konnte, daß diese Papiere in das Eigenthum desjenigen, welchem sie übertragen wurden, übergehen sollten. Werden solche aus einem diesen Erfolg ausschließenden Titel, so namentlich zur Verwaltung, zur Ueberlieferung an einen Anderen u. dergl. übergeben oder übernommen, so ist klar, daß der einseitige Wille des Inhabers, die ihm zu einem anderen Zwecke überkommenen Papiere sofort als Eigenthum besitzen zu wollen, zur Herbeiführung dieses Erfolges nicht genügen könne, da hier die Voraussetzung redlichen Erwerbes mangelt und die Rechtsregel, daß Niemand durch seinen bloßen Willen den ursprünglichen Grund seines Inhabens ändern könne, volle Anwendung finden würde.

Wenn sohin erwiesen ist, daß Jemand die Papiere aus einem, das Eigenthum nicht begründenden Titel erlangt hat, so kann er der Vindikation nicht mehr die aus dem einfachen Innehaben für ihn abzuleitende Vermuthung entgegenstellen, vielmehr muß er sich auf einen Rechtstitel berufen können, welcher die Folgerung auf redlichen Erwerb zuzulassen geeignet erscheint."

OAGE. v. 16. Nov. 1867 Reg.-Nr. $1201^{66}/_{67}$.
77.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 14. März 1868. 33. Jahrgang. No. 6.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Mord. Todtschlag. — Realarrest gegen einen Inländer. — Wenn ein Soldat, dessen Aburtheilung wegen von Civil- und Militärpersonen gemeinsam verübter strafbarer Handlungen dem bürgerlichen Strafgerichte überlassen wurde, nach erfolgter Aburtheilung dieser Handlungen, jedoch noch vor eingetretener Rechtskraft des ergangenen Urtheiles, ein neues Vergehen allein verübt, so ist zur Durchführung der desfallsigen Voruntersuchung das bürgerliche Strafgericht zuständig.

Mord. Todtschlag.

Der Unterschied zwischen den Verbrechen des Mordes und des Todtschlages, so einleuchtend und allgemein anerkannt er an sich ist, erscheint doch bei näherer Betrachtung nicht immer so leicht erkennbar und daher kommt es, daß die Gränzbestimmung zwischen beiden Verbrechen in der Wissenschaft wie in den verschiedenen Gesetzbüchern bald nicht scharf genug gegeben, bald nur durch Bezeichnung der Gegensätze zu erläutern versucht wird, und daß auch hie und da die Praxis in Verlegenheit kommt. Es wird daher nicht überflüssig sein, sowohl im Interesse der Strafrechtswissenschaft, als insbesondere im Interesse der Anwendung des bayerischen Strafgesetzbuches, hierüber sich zu äußern.

Mord und Todtschlag haben nicht nur das gemeinschaftlich, daß ein Mensch den anderen widerrechtlich und vorsätzlich getödtet hat; auch darin besteht eine Gemeinschaftlichkeit beider Verbrechen, daß bei jenem wie bei diesem der Thäter im Zustande der Zurechnungsfähigkeit [1]) gehandelt habe.

[1]) Ueber den Ausdruck „Zurechnung" wollen wir hier

Digitized by Google

Aber gerade die Zurechnungsfähigkeit und nur diese ist es, worin der Unterschied beider Verbrechen sich gründet. Der Zustand der Zurechnungsfähigkeit — der psychischen Freiheit — eines Menschen ist in der Regel ein allgemeiner, auf alle Handlungen dieses Menschen sich beziehender, und es ist dieser Zustand entweder vollständig vorhanden, oder bald mehr bald weniger geschwächt — *geminderte Zurechnungsfähigkeit*. Wer ein Verbrechen bei geminderter Zurechnungsfähigkeit begeht, wird in dem Verhältnisse dieser Minderung mit gelinderer als der die Regel bildenden Strafe belegt, und es kann nicht nur beim Todtschlage, sondern auch beim Morde eine geminderte Zurechnung vorhanden sein [2]).

Der Mensch kommt indessen zuweilen in Verhältnisse, in welchen sein psychischer Zustand so ergriffen wird, daß, obgleich er *im Allgemeinen* noch zurechnungsfähig, doch gerade *in Beziehung auf jene Verhältnisse* seine Geistesruhe und Geisteskraft in einem Grade beeinträchtigt ist, bei welchem er die Kraft nicht hat, eine in ihm aufsteigende leidenschaftliche Aufregung zu unterdrücken, vielmehr sich zum Verbrechen hingerissen fühlt. Dieser Zustand, eben weil er in besonderer Veranlassung begründet ist, dauert der *Zeit* nach nur so lange als die Veranlassung wirksam ist, und erstreckt sich in Beziehung auf den *Gegenstand* nicht weiter, als die Veranlassung ihn begründet: eben deshalb

---

nicht rechten, sondern ihn als den gewöhnlichen gebrauchen.

[2]) Wegen Mordes bei geminderter Zurechnungsfähigkeit wurde schon wiederholt auf geringere als Todesstrafe erkannt. OAGE. v. 30. Okt. 1840 $12^{40}/_{41}$ u. v. 27. Mai 1845 $182^{44}/_{45}$. Archiv des Krim.-Rechtes v. J. 1853 S. 247. Vergl. *Mittermaier* in *Goltdammer's* Archiv, Bd. II S. 298. *Dollmann* in der „kritischen Ueberschau" Bd. II S. 102.

Digitized by Google

werden wir diesen Zustand beschränkte Zurechnungsfähigkeit nennen dürfen [3]). Es kann dieser Zustand bei Menschen mit außerdem ungeminderter und bei Menschen mit an sich schon geminderter Zurechnungsfähigkeit vorkommen.

Zwei Verbrechen der Tödtung sind es, welche in solchem Zustande begangen und deshalb in der Strafrechtswissenschaft wie in den Gesetzen gelinder als der Mord behandelt werden: der Kindsmord und der Todtschlag.

Der Kindsmord hat seine Veranlassung und seinen Grund [4]) im Schamgefühle, eine unmoralische Handlung begangen zu haben und durch die Geburt des Kindes den Fehltritt veröffentlicht zu sehen; ferner in der Furcht, deshalb von Verwandten mit Vorwürfen überhäuft, vielleicht verstoßen und verfolgt zu werden; endlich in der Sorge für das Fortkommen und die Ernährung des Kindes. Eine Hülfe glaubt man in Verheimlichung der Schwangerschaft und der Geburt und in der Beseitigung des Kindes zu finden und beschließt und verübt das Verbrechen in einem fortgesetzten Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit. Vom Kindsmorde handeln wir jedoch hier nicht weiter, sondern erwähnen ihn nur wegen seiner Gemeinschaftlichkeit in mehreren Beziehungen mit dem Todtschlage.

Der Todtschlag, von dem wir hier handeln, wird, wie gesagt, in einem Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit begangen und mit Recht sagt Grolmann (Krim.-Recht §. 262): „Todtschlag ist vorhanden, wenn der Vorsatz in dem Zustande des

---

[3]) Wer mit dem Ausdrucke „beschränkte Zurechnungsfähigkeit" nicht einverstanden ist, möge solchen mißbilligen, aber nicht davon ausgehen, die Sache selbst zu bestreiten.

[4]) S. auch Mittermaier zu Feuerbach pein. Recht §. 236, 239.

Digitized by Google

nicht alle Zurechenbarkeit ausschließenden Affektes gefaßt und in demselben Zustande ausgeführt worden [5]).“ Nicht jede leidenschaftliche Anregung, nicht jedes Gelüsten, nicht jeder Zorn kann eine Tödtung zum Todtschlag herabstufen: der Affekt oder die Leidenschaft müssen von der Stärke sein, daß sie den freien Willen lähmen, und der Verbrecher wird bestraft, weil er die Leidenschaft über seine Geisteskraft herrschen ließ; er wird nur als Todtschläger bestraft, weil der beschränkende Einfluß der Umstände auf seine Geisteskraft berücksichtigt wird [6]). Mit vollem Rechte wurde jener Bursche des Mordes schuldig erklärt, welcher durch den Anblick einer Sackuhr so gereizt wurde, daß er den Besitzer todtschlug, um die Uhr nehmen zu können. Solches Gelüsten kann die Kraft nicht haben, die Zurechnungsfähigkeit zu beeinträchtigen [7]). Zur Beurtheilung, ob die Eindrücke auf die Seele eines Menschen von der Stärke waren, daß seine Zurechnungsfähigkeit im gegebenen Falle beschränkt war, wird Kenntniß der gerichtlichen Psychologie [8]), welche keinem Strafrichter fremd sein darf, und Kenntniß der Verhältnisse des Lebens erfordert.

Die deutschen Gesetzbücher neuerer Zeit [9]) wett-

---

[5]) Vergl. auch: Feuerbach, Lehrb. §. 217, Martin §. 34, Bauer §. 166.

[6]) Friedreich, gerichtl. Psychologie S. 375, 379.

[7]) Feuerbach, Strafrechtsfälle Bd. I Num. I. Friedreich a. a. O. S. 374.

[8]) Außer Friedreich's vorgedachtem Werke S. 282 fg. s. noch: Hoffbauer, psychische Krankheiten S. 218 ff. Wilbrand, gerichtliche Psychologie S. 290 ff.

[9]) Bayer. StGB. v. J. 1813 Art. 146, 157, dann v. J. 1861 Art. 228, 229. Preuß. StGB. v. J. 1851 §. 175, 176. Württemberg Art. 237, 243. Baden Art. 205, 209. Braunschweig Art. 145, 146. Großh. Hessen Art. 252, 253. Oldenburg Art. 157, 158. Kön. Sachs. Art. 155. Anhalt-Dessau Art. 119.

Digitized by Google

eifern, den Unterschied zwischen Mord und Todtschlag festzuhalten: es dürfte jedoch nicht überflüssig sein, hierüber sich näher zu äußern und insbesondere die Verschiedenheit der Fälle zu betrachten, in welchen beschränkte Zurechnungsfähigkeit die Tödtung nicht als Mord, sondern nur als Todtschlag darstellt. Die Ansicht, als ob der Mord als Produkt der Ueberlegung, der Todtschlag als Produkt eines überraschenden Eindruckes zu betrachten, ist zwar schon im römischen Rechte zu Grunde gelegt, welches zwischen Verbrechen mit Vorsatz (proposito) und Verbrechen in leidenschaftlicher Stimmung (impetu) unterscheidet [10]: auch die Carolina criminalis Art. 137 straft den Todtschlag, welcher aus Gähheit oder Zorn gethan, gelinder als den Mord. Wenn man aber die Fälle, welche Wissenschaft [11], Gesetze und Praxis nur als Todtschlag anerkennen, genauer betrachtet, so findet man, daß auch der Todtschlag Produkt einer Ueberlegung sein kann, und eben so findet man, daß ein Zeitraum zwischen Entschluß und Ausführung nicht nothwendig jene Geistesruhe eintreten läßt, bei welcher die Tödtung als Mord betrachtet werden könnte.

Der Zorn ist das gewöhnlichste Beispiel, wo eine Tödtung als Todtschlag betrachtet wird, und es läßt sich auch nicht bezweifeln, daß ein hoher Grad von Zorn eine so sehr beeinträchtigende Wirkung auf die Geistesfreiheit haben kann und in der Regel haben wird, daß die in solchem Zustande begangene Tödtung nicht als Mord betrachtet wer-

---

10) Fr. 11 §. 2. de poenis (48, 19).

11) Feuerbach §. 217. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Martin §. 112, 114. Bauer §. 164. Abegg §. 235. Heffter §. 235. Marezoll §. 98. Berner §. 181. Köstlin, vom Mord und Todtschlag S. 161 ff.

Digitized by Google

den darf. Ein Lehrer schlug einen seiner Schüler, welcher einen im Schulzimmer frei umherfliegenden Vogel aus Versehen erdrückt hatte, so unbarmherzig, daß andere Schulkinder dem Vater des Knaben meldeten, daß dieser vom Lehrer todtgeschlagen werde. Der Vater eilte mit geladener Pistole in das Schulzimmer, traf seinen Sohn bereits todtgeschlagen und erschoß den Lehrer. Hier konnte nicht vom Morde, sondern wegen des Zornes höchstens vom Todtschlage die Rede sein [12]). — In den meisten Fällen schwindet der Zorn mit der Zeit und je nach der Veranlassung und nach der körperlichen und geistigen Anlage des Zornigen bald früher, bald später; es gibt aber auch Menschen, deren Zorn sich erneuert, so oft sie an den Vorfall sich erinnern, der sie zum Zorne gereizt, oder sobald sie den wieder zu Gesicht bekommen, welcher Gegenstand ihres Zornes war [13]). — Das bayerische StGB. v. J. 1813 Th. I Art. 151 sagt ausdrücklich, daß Tödtung in der Hitze des Zornes Todtschlag sei: das StGB. v. 1861 Art. 229 nennt zwar den Zorn nicht, erklärt aber jede rechtswidrige absichtliche Tödtung eines Anderen ohne überlegten Entschluß als Todtschlag und die Motive zum Entwurfe (v. J. 1854 S. 402, 403) sagen ausdrücklich, daß man eine allgemeinere Fassung als die des StGB. v. J. 1813 nothwendig gefunden, weil bei allgemeiner Fassung des Begriffes das Beispiel des Zornes überflüssig und ein Todtschlag im Affekte oder in leidenschaftlicher Aufwallung, oder auch in deprimirter Gemüthsstimmung (z. B.

---

[12]) Mittermaier in Goltdammer's Archiv des preuß. Strafrechtes Bd. II S. 384.

[13]) Friedreich a. a. O. S. 377, 379, 380, 389. Ein Beispiel s. Themis, Zeitschr. herausgegeben von Tanneberg, Bd. I S. 251.

Digitized by Google

Furcht), ja sogar aus bloßem Muthwillen und Uebermuth verübt werden kann [14]). Mord setzt nach dem bayer. StGB. „überlegten Entschluß" und damit einen Geisteszustand voraus, bei welchem diese Ueberlegung möglich ist.

Während der Todtschlag, welcher im Zorne verübt wird, gewöhnlich (jedoch nicht immer) unmittelbar nach der Veranlassung geschieht, sind die anderen Fälle, wo eine Tödtung wegen beschränkter Zurechnungsfähigkeit nur als Todtschlag beurtheilt werden darf, sehr häufig von der Art, daß der Vollzug der Tödtung erst einige Zeit nach dem gefaßten Entschlusse stattfindet, und es sind diese Fälle um so mehr genauer zu betrachten, als dabei sehr leicht irrige Beurtheilungen vorkommen können. Wenn man annehmen wollte, in der Zwischenzeit von der Veranlassung bis zum Vollzuge habe der Mensch sich beruhigen, das Ungerechte seines Vorsatzes einsehen können und wenn er dann doch den Vorsatz ausführe, so geschehe dieses aus Ueberlegung und sei Mord, so bringt man in das Strafrecht eine Vermuthung, welche an die frühere praesumtio doli erinnert und man urtheilt nach steifen juristischen Formeln, während der Unterschied zwischen Mord und Todtschlag auf der Seelenstimmung des Thäters beruht und von psychologischem Standpunkte beurtheilt werden muß [15]). Ein anderer Irrthum wäre es, wenn man deshalb überlegten Entschluß und sonach Mord annehmen wollte, weil der Thäter zur That sich vorbereitete, sich Hülfs-

---

[14]) OAGE. v. 31. Aug. 1844 $135^{43}/_{44}$. S. auch Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Note v.

[15]) Berner §. 181. Bauer §. 164. Marezoll §. 98 Note 3. Mittermaier in Goltdammer's Archiv Bd. II S. 302, 303. Friedreich a. a. O. S. 387, 388, 389.

Digitized by Google

mittel, z. B. Waffen verschaffte, sich verbarg, falsche Vorwände gebrauchte, die That unversehens ausführte u. s. w. Man darf den Entschluß zur That mit der Ausführung nicht verwechseln. Bei dem Entschlusse zur That wird die Vernunft, die Freiheit des Geistes von den Eindrücken der Verhältnisse beschränkt und die Leidenschaft erringt einen theilweisen Sieg: die Art und Weise der Ausführung und die Mittel hiezu lehrt der Verstand, dessen dienender Charakter zum Bösen wie zum Guten bereit ist und selbst den Wahnsinnigen im Irrenhause in der Art beisteht, daß eine Täuschung der Wärter möglich ist[16]). Wir werden sogleich unten an Beispielen nachweisen, wie sehr der Verstand in solcher Art wirkt und erinnern nur noch an die Kindsmörderinnen, welche auf die schlaueste Art Schwangerschaft und Niederkunft verheimlichen und demungeachtet der Strafe des eigentlichen Mordes nicht unterworfen werden. Nicht selten kommt es vor, daß ein Ehemann in dem Verdachte der Untreue seiner Gattin, empört durch diese Untreue und den Eingriff eines Anderen in seine Rechte, und durch den Gedanken, als Hahnrei betrachtet zu werden, den Entschluß faßt, den Störer seines Eheglückes, sobald er denselben im verdächtigen Umgange mit seiner Frau trifft, zu tödten: er trägt deshalb Waffen bei sich, verbirgt sich im Hause oder spiegelt eine Reise vor und kommt unvermuthet: offenbar ist es, daß ein solcher Vorsatz im Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit gefaßt ist; eben so offenbar ist es, daß ein Zeitraum von dem Vorsatze bis zur Ausführung die Wirkung nicht hat, jene Beschränkung des Geistes zu mildern, oder gar zu heben, so daß dann der Vollzug als Produkt einer ruhigen Ueberlegung, die Tödtung als Mord

---

[16]) Friedreich a. a. O. S. 376. Marezoll a. a. O.

Digitized by Google

anzusehen wäre. Im Gegentheile je länger die Gelegenheit zum Vollzuge sich hinausschiebt, je öfter der Ehemann vergeblich den Ehebrecher zu überraschen versucht, um so mehr steigt die Leidenschaft in ihm und wenn ihm dann die Ueberraschung gelingt, so ist gewiß der Affekt im höchsten Grade vorhanden [17]).

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Realarrest gegen einen Inländer.

Es war die Frage zur Entscheidung angeregt, ob ein Arrestgesuch gegen einen Inländer nur unter der Voraussetzung stattfinde, daß derselbe ungefreit und unangesessen und zugleich schlechten Leumundes oder der Flucht verdächtig sei. GO. Kap. VIII §. 6 Nr. 2.

In der ersten und zweiten Instanz wurde die Ansässigkeit nicht als ein Hinderungsgrund der Arrestverhängung betrachtet und hiebei auf oberstrichterliche Erkenntnisse in Seuffert Komm. Bd. II S. 443 und Bl. f. RA. Bd. III S. 116 Bezug genommen.

Vom Anwalte des Impetraten wurde hiegegen eingewendet: bei dem langen Zeitraume, welcher seit Erlassung jener Entscheidungen verflossen sei, und bei dem Umstande, daß seither von bewährten Rechtslehrern entgegenstehende Ansichten mehrfach aufgestellt worden seien, dürfte es großem Zweifel unterliegen, ob jene Entscheidungen auch jetzt noch

[17]) Mittermaier bei Goltdammer a. a. O. S. 305, 306, 308, 309. Friedreich a. a. O. S. 388, 389. Barth, Auslegungsbehelfe zum StGB. S. 166. Weis, das Strafgesetzb. S. 52.

Digitized by Google

als Präjudizien zu erachten seien. Dabei wurde Bolgiano, vergleichende Darstellung des Civilprozesses S. 18, angeführt und der Satz aufgestellt, daß auch heute noch die Ansässigkeit einen Inländer vor der Verhängung eines Arrestes unbedingt schütze.

Vom obersten Gerichtshofe wurde diese Meinung nicht für begründet erachtet.

a) In der GO. Kap. I §. 8, in welchem von dem forum arresti die Rede ist, wurde bestimmt: gegen Inländer findet der Arrest nur statt, wenn der Beklagte weder befreit noch angesessen oder sonst genugsam verkautionirt ist. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Falle nicht anwendbar, weil in der gegenwärtigen Streitsache nicht erst durch die Arrestverhängung der Gerichtsstand des Beklagten bei dem Gerichte F. als dem für die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache zuständig werdenden Gerichte begründet werden soll. Die Arrestverhängung gegen Inländer zu diesem Zwecke ist der Regel nach ausgeschlossen, nicht weil diese persönliche Eigenschaft den Vollzug des künftigen Urtheiles gewährleistet, sondern weil die Verfolgung des Rechtes bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Inländers den Schwierigkeiten nicht unterliegt, welche die Einklagung einer Forderung bei einem anderen Gerichte mit sich bringt.

b) Die in der GO. Kap. VIII §. 6 Nr. 2 enthaltene Vorschrift, daß ungefreite und unangesessene Inländer, wenn sie entweder wegen schlechten Leumundes oder wegen Gefahr der Entweichung zur juratorischen Kaution in der Hauptsache nicht zugelassen werden können, auf impetrantisches Begehren mit Real- oder Personalarrest angehalten werden sollen, hatte nur Bezug auf die im vorhergehenden §. 5 erwähnten allgemeinen Kautionen de judicio sisti et judicatum solvi. . . . .

Nachdem aber diese cautio juratoria bei Strei-

Digitized by Google

tigkeiten der Landesunterthanen unter sich durch die Bestimmung des Proz.-Ges. v. 22. Juli 1819 §. 8 Nr. II abgeschafft worden ist, so kann auch im Arrestprozesse gegen Inländer auf die erwähnte Vorschrift der GO. Kap. VIII §. 6 Nr. 2 kein Bezug mehr genommen werden, um durch dieselbe die Behauptung zu rechtfertigen, daß gegen angesessene Inländer überhaupt ein Realarrest nicht verhängt werden könne, indem daselbst nur von den Voraussetzungen die Rede ist, unter welchen Inländer zur juratorischen Kaution zuzulassen seien oder nicht. Ist jene Bestimmung der GO., welche für oder gegen die Zulassung dieser Art von Kaution gegeben war, außer Wirksamkeit gesetzt worden, so hat es auch auf die persönliche Eigenschaft des Beklagten, ob er Inländer und zugleich ansässig ist, oder nicht, nicht anzukommen, sondern von entscheidendem Einflusse sind anderweite thatsächliche Verhältnisse, nämlich ob der Arrestbeklagte solche Handlungen rücksichtlich seines Vermögens vorgenommen hat, durch welche er sich in einen Zustand versetzt hat, daß der Gläubiger von der Gefahr des Verlustes seiner Forderung bedroht ist.

Inländer sind in Folge des erwähnten Prozeßgesetzes von der Kaution sowohl für die Prozeßkosten als für die Widerklage befreit. Diese Befreiung machte in dem Gesetze eine Hinweisung auf jene Fälle nothwendig, in welchen nach der besonderen Beschaffenheit des Prozesses bei Arresten oder nach besonderen Verhältnissen auch Inländer durch die bestehenden Gesetze zur Kautionsleistung verbunden sind, wenn sie eine begründete Arrestation oder Sequestration von sich abwenden oder die Aufhebung einer schon verhängten bewirken wollen, wozu jedoch jenen Gesetzen gemäß eine juratorische Kaution nicht hinreicht. Vgl. Gönner's Kommentar z. PG. von 1819 S. 119 Nr. 3.

Um eine solche Kaution, welche den Zweck

Digitized by Google

hat, einen bereits erkannten Arrest wieder aufzuheben, handelt es sich im vorliegenden Falle nicht.

Die Streitfrage ist: ob Ansässigkeit vor der Arrestverhängung schütze; diese Frage ist in der Anm. zur GO. Kap. I §. 8 lit. e verneint, indem es daselbst heißt: die bloße Ansässigkeit im Lande hält B. Schmid ad art. 6 . . . . ebensowenig als cautionem juratoriam für hinlänglich, um ab arresto frei zu sein. Eine gegentheilige Meinung hat Kreittmayr nirgends geäußert. Vgl. Seuffert, Komm. Bd. II S. 443 d. II. Ausg.

Es ist sonach die ganze anwaltschaftliche Deduktion, durch welche dargethan werden soll, daß Impetrat durch die Veräußerung seines Grundvermögens die Ansässigkeit nicht verloren habe, und daß deshalb der von den Gerichten erkannte Arrest nicht gerechtfertigt sei, ohne alle Begründung.

OAGE. v. 18. Nov. 1867 Reg.-Nr. $1153^{66}/_{67}$. §. *

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Wenn ein Soldat, dessen Aburtheilung wegen von Civil- und Militärpersonen gemeinsam verübter strafbarer Handlungen dem bürgerlichen Strafgerichte überlassen wurde, nach erfolgter Aburtheilung dieser Handlungen, jedoch noch vor eingetretener Rechtskraft des ergangenen Urtheiles, ein neues Vergehen allein verübt, so ist zur Durchführung der desfallsigen Voruntersuchung das bürgerliche Strafgericht zuständig [1]).

Durch zuchtpolizeigerichtliches Urtheil des k. Bezirksgerichtes Landau vom 25. September 1867 wurden der Schreinerssohn Valentin Häring und der Soldat Joh. Georg Häring, nachdem die Aburtheilung des letzteren von dem k. 13. Inf.-Reg.

[1]) Man vergl. hiezu Bl. f. RA. Bd. XXX S. 28.

Digitized by Google

den bürgerlichen Gerichten überlassen worden war, wegen Widersetzung, Gewaltthätigkeit und Ehrenkränkung gegen öffentliche Diener in Gefängnißstrafen verurtheilt.

Beide Angeschuldigte legten hiegegen Berufung ein.

Ehe jedoch das appellationsgerichtliche Urtheil erlassen worden war, wurde in zwei von der Gendarmerie am 2. Okt. 1867 errichteten Protokollen die Anzeige erstattet, daß Joh. Georg Häring am 29. Sept. 1867 ruhestörenden Lärm erregt und am 30. dess. Mon. ein Vergehen der Mißhandlung an seinem Vater verübt habe.

Der k. Staatsprokurator zu Landau übersendete diese Anzeigen dem k. 13. Inf.-Reg. zur zuständigen Verfügung. Letzteres gab jedoch unter Bezugnahme darauf, daß die gegen Joh. Georg Häring bei dem königl. Bezirksgerichte Landau anhängige gemischtgerichtliche Untersuchung noch nicht rechtskräftig erledigt sei, die erwähnten Aktenstücke mit dem Bemerken zurück, daß auch bezüglich der neuen Untersuchung Abordnung eines Militärrichters verzichtet werde.

Das k. Bezirksgericht Landau erklärte sich aber zur Uebernahme dieser Untersuchung gleichfalls für unzuständig, weil der Beschuldigte wegen der den Gegenstand der gemischtgerichtlichen Untersuchung bildenden Reate bereits am 25. Sept. 1867 von diesem Gerichte abgeurtheilt und die hiegegen eingelegte Berufung durch das inzwischen ergangene appellationsgerichtliche Urtheil vom 14. Nov. 1867 verworfen worden sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung, daß, wenn Jemand in verschiedenen Handlungen mehrere Verbrechen und Vergehen oder Uebertretungen begangen hat, nach Art. 84

Digitized by Google

des StGB. nur dasjenige Strafgesetz in Anwendung gebracht werden soll, welches die schwerste Strafausmessung zuläßt, und die nach dieser Vorschrift zu bemessende Strafe dem folgenden Art. 85 gemäß auch dann als Gesammtstrafe auszusprechen ist, wenn Jemand wegen einer Handlung rechtskräftig zu einer Strafe verurtheilt wurde und derselbe sich vor dieser Verurtheilung noch einer anderen strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, deren Hinzufügung zur vorangehenden Verurtheilung eine hinsichtlich der Gattung, des Maaßes oder der Folgen schwerere Bestrafung nach sich zieht;

in Erwägung, daß im Falle Zusammentreffens von Civil- und Militärpersonen als Beschuldigten bei denselben Verbrechen oder Vergehen nach Art. 1 und Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betreffend, die Voruntersuchung immer dem Civil-Untersuchungsgerichte zukommt, bei welchem dieselbe durch den Civil-Untersuchungsrichter und einen von der Militärbehörde abzuordnenden Militärrichter, insoferne nicht von dieser Behörde hierauf verzichtet wird, zu führen ist; daß demnach, soweit nachfolgende gemeine Vergehen derselben Militärperson während der Rechtshängigkeit einer solchen Voruntersuchung zur Anzeige kommen, diese nach den gemäß Art. 84 des StGB. sich ergebenden Folgerungen rücksichtlich des Zusammenflusses von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen in gleicher Weise zu behandeln sind, wenn auch bei den neuerlichen Verbrechen oder Vergehen der Militärperson keine Civilperson mitbetheiligt ist;

in Erwägung, daß dieser Standpunkt auch dann noch aufrecht erhalten bleibt, wenn die vorausgehende Untersuchung schon zur Aburtheilung gelangt, hiegegen aber Berufung ergriffen ist, weil der Art. 84 gegenüber den Bestimmungen des Art. 85 Platz zu greifen hat, wenn auch nur noch in einer In-

Digitized by Google

stanz eine gemeinsame Aburtheilung der sämmtlichen strafbaren Handlungen stattfinden kann;

in Erwägung, daß Joh. Georg Häring zwar am 25. Sept. 1867 von dem k. Bezirksgerichte Landau wegen Widersetzung, Gewaltthätigkeit und Ehrenkränkung in eine dreimonatliche Gefängnißstrafe verurtheilt wurde, wogegen derselbe die Berufung ergriffen hat, und daß das neuerliche Vergehen der Mißhandlung und die Uebertretung des ruhestörenden Lärmes vom 29. u. 30. Sept. 1867, deren Häring beschuldigt wurde, schon Anfangs Okt. 1867 dem Staatsprokurator am k. Bezirksgerichte Landau angezeigt worden ist, daher zur gleichzeitigen Aburtheilung vor dem k. Appellationsgerichte mit den vorangehenden Reaten noch rechtzeitig vorbereitet werden konnte, der Umstand aber, daß dieß nicht geschehen, sohin die Berufung des Beschuldigten von dem k. Appellationsgerichte der Pfalz am 14. Nov. 1867 allein erledigt worden ist, jetzt blos zur Folge hat, daß das neuerliche Vergehen im Verhältnisse zu den in zwei Instanzen von Civilstrafgerichten bereits abgeurtheilten nun nach den Bestimmungen des Art. 85 Abs. 2 zur Erzielung der hierin angeordneten Gesammtstrafe von dem Civilstrafgerichte in gleicher Weise zu behandeln ist;

in Erwägung, daß die selbständige Behandlung einer Strafsache und die Zusammenreihung der hienach zuerkannten Strafe mit einer schon vorher rechtskräftig ausgesprochenen gemäß Art. 87 erst dann eintreten kann, wenn der zu einer begrenzten Freiheitsstrafe Verurtheilte nach Eintritt dieser Rechtskraft eine weitere gleichfalls mit zeitlich begrenzter Freiheitsstrafe zu belegende strafbare Handlung verübt, durch welche Bestimmung im Zusammenhalte mit jener des Art. 85 genau die Grenzlinie bezeichnet wird, bis zu welcher bei dem Gegebensein mehrerer strafbaren Handlungen vor dem vollständigen Vollzuge der hierauf gesetzten Strafen

Digitized by Google

die Vereinigung aller dieser Handlungen zu einer Strafe in demselben Urtheile, und von welcher an blos eine Zusammenrechnung der neuerlich in ganz selbständiger Weise abzuurtheilenden Sache mit der vorangehenden Aburtheilung statt hat;

in Erwägung, daß, wenn die Gesetzgebung die Wirkungen des Rückfalles gegen jeden Thäter eintreten läßt, welcher unmittelbar nach seiner Verurtheilung und deren Bekanntgabe an ihn sich einer strafbaren Handlung derselben Art wieder schuldig macht, daraus nur die Annahme derselben gefolgert werden kann, es gebe derjenige, welcher ungeachtet der ihm eröffneten Verurtheilung sich nicht abhalten läßt, sogleich neuerdings wieder eine strafbare That derselben Art zu verüben, hiemit auch schon seinen beharrlichen bösen Willen zu erkennen, ohne daß es erforderlich wird, die höhere Straffälligkeit dieses dargelegten Trotzes gegen das Strafgesetz erst in dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles oder sogar erst in dem Zeitpunkte der vollständig oder theilweise erstandenen Strafe erkennen zu dürfen; daß daher die Behandlung dieser Rückfallsfrage mit der Anwendung der obenerwähnten Art. 84 und 85 des StGB., besonders im Hinblicke auf das hierin für Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen durchgeführte Absorptionssystem, keineswegs, wie das Bezirksgericht Landau dafür hält, im Widerspruche steht;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Eröffnung und Durchführung der Voruntersuchung gegen Joh. Georg Häring wegen Vergehens der Mißhandlung seines Vaters unter Berücksichtigung der angezeigten Erregung ruhestörenden Lärmes der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Landau zuständig sei.

Erk. d. OGH. v. 2. März 1868, UB. Nr. 97.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 28. März 1868. 33. Jahrgang. No. 7.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Mord. Todtschlag. (Schluß.) — Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes. — Eine Cession, bei welcher die Abtrennung der Forderung mit ihrer Hypothek, als eines ungetrennten Ganzen, den Vertragsgegenstand bildet, unterliegt dem Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten Rechtsstreiten sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben. — Zur Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2 Nr. 7 und Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerl. Rechte der Israeliten betr. — Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung. Wirkung des Indossamentes.

Mord. Todtschlag.

(Schluß.)

Die Furcht ist mit Recht von den Motiven des Entwurfes zum jetzigen bayerischen Strafgesetzbuche als ein Beispiel genannt worden, wo die Tödtung eines Menschen nur als Todtschlag betrachtet werden darf. Es darf dieses freilich keine Furcht vor unbedeutenden Uebeln sein (metus, qui in virum constantem non cadit), sondern es wird ein Uebel vorausgesetzt, dessen Eintritt so empfindlich wirken würde, daß der Fürchtende in dem Bestreben, den Eintritt zu verhindern, die Geistesruhe verliert, an ruhiger Ueberlegung gehindert ist und, wie wir es oben nannten, in den Zustand beschränkter Zurechnungsfähigkeit geräth[18]). Es kann diese Furcht in der Besorgniß eines unverschuldeten, aber auch eines selbst verschuldeten Uebels, ja in der Besorgniß eines Uebels gegründet sein,

[18]) Friedreich a. a. O. S. 378, 379. Wilbrand a. a. O. S. 292.

Digitized by Google

welches einen Anderen treffen könnte. Die Furcht vor einem selbst verschuldeten Uebel kommt bei Verbrechern vor, welche mit gutem Grunde die Strafe fürchten und in dem Bestreben, sich davon zu befreien, die ruhige Ueberlegung verlieren, bei beschränkter Zurechnungsfähigkeit ein neues Verbrechen beschließen und ausführen, um der Strafe des vorigen zu entgehen. So schwer nun auch das neue Verbrechen ist, so darf doch die Frage, ob es Mord oder Todtschlag, nicht von der objektiven Seite der That, sondern nur von der subjektiven Seite des Thäters betrachtet werden [19]). Wenn ein Wilddieb den Jäger, welcher ihn auf der That trifft, niederschießt, damit der Jäger ihn nicht anzeigen und zur Strafe bringen könne, so ist diese Tödtung das Verbrechen des Todtschlages, aber kein Mord, denn durch die Furcht vor Strafe war die Zurechnungsfähigkeit beschränkt [20]). In derselben Art verhält es sich, wenn ein Verbrecher in der Furcht, verhaftet und der Strafe unterworfen zu werden, den Entschluß faßt, den Gerichtsdiener oder Gendarm, welcher ihn verhaften will, zu tödten und wenn er sich deshalb bewaffnet und dann den Diener der Gerechtigkeit, welcher ihn verhaften will, wirklich tödtet. Seine That ist objektiv doppelt rechtswidrig: durch seine Verbrechen hat er Strafe verwirkt und um dieser zu entgehen, begeht er ein neues Verbrechen, begeht es an einem Organe der Obrigkeit, welches

[19]) Friedreich a. a. O. S. 385. Marezoll a. a. O. §. 27.

[20]) In dieser Art wurde auch vom Oberappell.-Ger. zu München auf den Grund des StGB. v. J. 1813 am 2. Januar 1818 und vom Schwurgerichtshofe zu München auf den Grund des StGB. v. 1861 am 26. Januar 1867 erkannt. S. noch Mittermaier bei Goltdammer a. a. O. S. 292. Friedreich a. a. O. S. 377.

Digitized by Google

nur seine Pflicht erfüllt. Aber von der subjektiven Seite betrachtet ist der Geisteszustand des Thäters zu erwägen. Strafe droht ihm und je schwerer die Strafe ist, welche er verwirkt hat, um so größer ist seine Furcht vor der Strafe, um so stärker die Befangenheit seines Geistes: ein Zeitverlauf zwischen dem Vorsatze, sich durch Tödtung desjenigen, der ihn verhaften will, zu retten und zwischen dem Vollzuge dieser That ist nicht im Geringsten geeignet, jenen Vorsatz zu ändern, im Gegentheile je länger der Mensch in der Furcht schwebt, je stärkere Wirkung hat diese auf ihn, und daß er stets von dieser Furcht beherrscht wird, das ist dadurch zweifellos, daß er stets die Waffe bei sich trägt: kommt es dann zum entscheidenden Augenblicke, tritt der Gendarm heran, um die Verhaftung zu vollziehen, dann ist auch der Höhepunkt der Furcht eingetreten, es gilt nur noch des Vollzuges des neuen Verbrechens [21]). Dieses ist offenbar kein Produkt eines „überlegten Entschlusses", wie StGB. Art. 228 zum Morde bedingt, sondern Todtschlag ebenso, wie wir oben bei dem Ehemanne nachgewiesen haben, welcher den Störer seiner Ehe erst nach wiederholt vergeblichen Versuchen überrascht.

Furcht vor Uebeln, welche einen Anderen treffen können, ist unter Umständen ebenfalls geeignet, eine Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit zu bewirken, bei welcher eine Tödtung nicht als Mord,

---

[21]) Die Geistesbeschränkung, welche einen Menschen in solcher Lage beherrscht, zeigt sich auch in den schon wiederholt vorgekommenen Fällen, wo ein Verbrecher, welcher verhaftet in dem Waggon einer Eisenbahn transportirt wird, während der schnellsten Eile des Zuges aus dem Waggon springt und dadurch sein Leben auf die offenbarste Weise wagt, um der Strafe zu entgehen.

*

Digitized by Google

sondern nur als Todtschlag betrachtet werden darf. Mit Recht führt Mittermaier[22]) als Beispiel an, wenn eine Mutter, deren Kind erster Ehe vom Stiefvater so grausam behandelt wird, daß sie, die sich selbst dem Tode nahe fühlt, mit gutem Grunde fürchtet, der Stiefvater werde nach ihrem Tode das Kind so mißhandeln, daß es daran stirbt, den Entschluß faßt, das Kind zu tödten, damit es schnell den künftigen Leiden entzogen werde. Eine solche Tödtung ist nicht Mord, sondern Todtschlag, weil der Entschluß hiezu nicht auf ruhiger Ueberlegung beruht, nicht Produkt des freien Geistes, sondern Produkt der höchsten Befangenheit einer Mutter ist.

Sogar Liebe kann den Menschen verleiten, einen Anderen zu tödten, um diesen von Leiden zu erlösen, denen er doch unterliegen wird. Die Seelenqual, welche derjenige ausstehet, welcher eine Person, die er liebt, unter den gräßlichsten Leiden und Schmerzen dem Tode unrettbar entgegengehen sieht, kennen viele Menschen und der Wunsch einer baldigen Erlösung durch den Tod drängt Vielen sich auf. Wer nun von minderer moralischer Kraft ist, den kann die Einstürmung auf sein Gemüth zu dem Irrwahne verleiten, daß die Tödtung des Leidenden sich rechtfertige. Auch hiefür gibt Mittermaier das Beispiel eines Ehemannes, welcher die Leiden seiner unrettbaren Gattin durch Vergiftung endete[23]). Aehnlich ist der auch von Mittermaier[24]) erzählte Fall aus Greifswalde, wo eine Mutter angeschuldigt war, ihr außereheliches Kind, um es von

---

[22]) Mittermaier bei Goltdammer a. a. O. S. 289.

[23]) Bei Goltdammer a. a. O. S. 289. — Dieser Fall ist auch ein Beweis, daß nicht jede absichtliche Tödtung des Anderen durch Gift ein Mord ist. Vgl. Friedreich a. a. O. S. 390.

[24]) a. a. O. S. 307.

Digitized by Google

dem Hungertode zu befreien, getödtet zu haben: die Geschworenen erklärten sie für schuldig, an ihr Kind Hand angelegt zu haben, um es zu erdrosseln, jedoch sei nicht erwiesen, daß sie mit Ueberlegung handelte. Nach dem bayerischen StGB. v. J. 1861 Art. 228, 229 würde man im Falle einer solchen Tödtung annehmen müssen, daß der That ein „überlegter Entschluß" nicht zu Grunde gelegen sei, vielmehr die Furcht vor einem dem Kinde drohenden schrecklicheren Uebel die Verbrecherin an ruhiger Ueberlegung gehindert und zur That verleitet habe, daß also ein Todtschlag begangen wurde.

Wie schon oben gesagt, kann ein Zeitverlauf von dem im Affekte gefaßten Entschlusse bis zum Vollzuge der Tödtung zu der Annahme nicht berechtigen, daß die Tödtung ein Mord sei: wohl aber liegt es nicht außer dem Kreise der Möglichkeit, daß derjenige, welcher im Affekte den Entschluß gefaßt hatte, den Anderen zu tödten, diesen Entschluß gänzlich aufgibt, *später aber aus anderer Veranlassung*, z. B. aus Habsucht, an derselben Person einen Mord verübt. Daß dann das frühere Verhältniß, der frühere Affekt nicht bewirken kann, den Mord als Todtschlag darzustellen, ist klar: nur ist die höchste Vorsicht nothwendig, um die Verhältnisse genau zu ermitteln, welche zwischen dem Thäter und dem Getödteten in dem ganzen Zeitraume zwischen dem ersten Entschlusse und der späteren Tödtung obgewaltet haben.

In entgegengesetzter Art läßt es sich auch denken, daß Jemand einen Mord beschließt und *während der Ausführung* ein Umstand hinzukommt, welcher den Thäter zum Affekte hinreißt, was durch die Einleitung zur Ausführung oder durch Gegenwehr leicht möglich ist: hier ist die Vollendung der That dennoch ein Mord und es kann nicht möglich sein, daß eine und dieselbe That im Anfange der Aus-

Digitized by Google

führung ein Mordversuch und in der Vollendung nur ein Todtschlag wäre [25]).

Verschieden hievon wäre es, wenn Jemand einen Mord beschließt, aber noch ehe er die Ausführung beginnt, zu dem Anderen in eine Lage kommt, wo er in der Art zum Affekte gereizt wird, daß er (z. B. in der Hitze des Zornes) den Anderen tödtet. In solchem Falle könnte der nicht zur Versuchshandlung gekommene Vorsatz, einen Mord zu begehen, nicht bewirken, daß der im Affekte begangene Todtschlag als Mord angesehen werden könnte [26]).

Wenn man erwägt, wie leicht die Frage, ob eine begangene Tödtung Mord oder Todtschlag sei, zweifelhaft sein kann, so sieht man sehr wohl ein, wie in der Voruntersuchung eben so wie in der Hauptverhandlung Vorsicht und Gründlichkeit nothwendig ist. Alle Umstände von irgend einem Einflusse sind genau zu erörtern, das Verhältniß des Thäters zum Getödteten schon vor dem Beschlusse zur That, die Veranlassung zu dieser, der Charakter des Thäters, insbesondere ob dieser jähzornig, oder heimtückisch, oder rachgierig, ferner der Zweck der Handlung, die Art der Vorbereitung zur Ausführung, so wie die Art der Ausführung selbst, dann das Benehmen nach der That [27]). Aerzte, welche mit den Seelenkrankheiten bekannt sind, werden in der Regel beizuziehen und müssen bei der ganzen mündlichen Hauptverhandlung anwesend sein und so

---

[25]) Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Note V. Berner §. 181. Roßhirt, Krim.-Recht, S. 332. Tittmann, Strafrecht, §. 156.

[26]) Berner a. a. O. §. 181. Mittermaier bei Goltdammer a. a. O. S. 302, 303.

[27]) Fr. 1 §. 3 ad leg. Corn. de sicariis (48, 8). Martin §. 114. Bauer §. 164.

gesetzt werden, daß sie die Zeugen und den Angeschuldeten beobachten und hören können; auch sind auf ihr Verlangen jene Umstände zu erörtern, welche sie zu Erstattung eines gründlichen Gutachtens allenfalls noch nothwendig finden [28]).

Ist die Frage von den Geschworenen zu entscheiden, ob die That Mord oder Todtschlag sei, so hat der Präsident [29]) den Geschworenen den gesetzlichen Unterschied zwischen beiden Verbrechen und so weit es darauf ankommt, die Verschiedenheit zwischen geminderter und beschränkter Zurechnungsfähigkeit zu erklären. Bei der Fragestellung wird auf den Zustand der beschränkten Zurechnungsfähigkeit keine Frage gestellt, denn die Frage, ob dieser Zustand bei dem Thäter vorhanden gewesen und eingewirkt habe, bildet nur einen Erwägungsgrund für die Geschworenen zur Entscheidung, ob die That Mord oder Todtschlag sei. Dagegen ist, soferne Veranlassung hiezu vorhanden, eine eventuelle Frage an die Geschworenen zu stellen [30]), ob bei dem Angeschuldeten geminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen, weil im bejahenden Falle die Richter bei der Strafzumessung hierauf Rücksicht zu nehmen haben [31]). Das vom Präsidenten den Geschworenen erklärte Gesetz mit Einschluß des im Gesetze begründeten Unterschiedes zwischen Mord und Todtschlag bildet den Obersatz, die Ergebnisse der Hauptverhandlung nebst dem Gutachten der Seelenärzte bilden den Untersatz, das Verdikt der Geschworenen bildet den Schlußsatz des Syllogismus, welcher die Schuldfrage entscheidet.

Wenn man bedenkt, welcher Unterschied zwischen

---

[28]) Archiv des Krim.-Rechtes v. J. 1855 S. 497.
[29]) Strafprozeßgesetz v. J. 1848 Art. 171.
[30]) Einführungsgesetz zum StGB. v. J. 1861 Art. 22.
[31]) StGB. v. J. 1861 Art. 67, 68.

Digitized by Google

der Strafbarkeit des Verbrechens des Mordes und des Todtschlages besteht, so sieht man auch ein, welche Genauigkeit und Vorsicht nothwendig ist, diesen Unterschied auch bei der Beurtheilung einer Tödtung genau und gewissenhaft zu berücksichtigen. Mit Recht warnt Mittermaier[32]), daß man in der Beurtheilung des Seelenzustandes eines Verbrechers nicht seinen eigenen Geisteszustand als Muster voraussetze: leicht kommt man dann zu der Meinung, daß, weil man (vielleicht nur bei jetzigem Verhältnisse) sich durch Umstände nicht wie der Angeschuldete zur That verleiten ließe, der Angeschuldete sich auch nicht habe verleiten lassen und solche Umstände nur vorschütze, um ein gelinderes Urtheil zu erlangen. Bleibt ein Zweifel, so soll man zwar nicht aus Gutmüthigkeit die gelindere Meinung wählen: aber man muß bedenken, daß in zweifelhaften Fällen die gelindere Meinung mehr Gewißheit für sich hat, das Mehr, welches die schwerere Ansicht begründet, ungewiß ist und daß der Richter einen Schuldausspruch, mithin auch einen strengeren Schuldausspruch, nur nach voller Ueberzeugung fällen darf[33]). Wo noch Todesstrafe für den Mord gedroht ist, drängt sich dem Gewissen eines jeden charaktervollen Menschen die größte Ruhe und Vorsicht in der Beurtheilung von selbst auf: aber auch dann, wenn die Todesstrafe abgeschafft ist, bleibt doch in der Strafbarkeit ein Unterschied zwischen Mord und Todtschlag; nur ist dann da, wo beide Verbrechen an einander gränzen und die Gränze schwer zu finden ist, die Beurtheilung und Strafzumessung bedeutend erleichtert.

A.

---

[32]) Bei Goltdammer a. a. O. S. 296.
[33]) Fr. 42 de poenis (48, 19).

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjektes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes.

Bd. XXVI S. 425—431; Bd. XXVIII S. 336.

H. hatte ein Gut gekauft und dabei die Hypothekforderung des Pf. (ohne dessen Mitwirkung) zur Zahlung übernommen, kurz darauf aber das Gut an R. unter gleicher Stipulation verkauft, von dem es bald danach G. unter gleicher Bedingniß erwarb.

Auf nun erfolgte Klage des Gläubigers wurde H. zur Zahlung verurtheilt, da die Hypothekschuld durch die Uebernahme derselben gegenüber dem ursprünglichen Schuldner und Verpfänder auch ohne Mitwirkung des Gläubigers eine persönliche des Beklagten geworden sei, von der er sich durch Weiterveräußerung des Gutes ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht habe befreien können. Diese persönliche Klage gegen H. — sagt der oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen — würde nur dann nicht mehr begründet sein, wenn der Gläubiger und Kläger Pf. den R. oder G., die späteren Erwerber des Gutes, schon vor der Stellung der Klage gegen H. als seine persönlichen Schuldner anerkannt und den H. von der ihm obliegenden Verbindlichkeit losgesprochen hätte.

OAGE. v. 11. Nov. 1867 RNr. $1188^{66}/_{67}$ 77.

2.

Eine Cession, bei welcher die Abtretung der Forderung mit ihrer Hypothek, als eines ungetrennten Ganzen, den Vertragsgegenstand bildet, unterliegt dem Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Um die Leser dieser Blätter in den Stand zu setzen, sich bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 14 des Not.-Ges. auf Hyp.-Cessionen über die Motive der oberstrichterlichen Rechtsprechung näher zu orientiren, wird hiemit aus den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses, durch welches die Cession einer Hypothekenforderung wegen Mangels notarieller Beurkundung als nichtig erklärt wurde, Nachstehendes mitgetheilt:

„Nach der in den zur Interpretation dienenden bekannten Quellen ausgesprochenen Tendenz der Bestimmung des Art. 14 des Notariats-Gesetzes vom 10. November 1861 kann nicht bezweifelt werden, daß den dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen dieselbe Rechtssicherheit durch eine positive Gesetzesvorschrift gewährt werden wollte, wie dem Eigenthume an unbeweglichen Sachen; die Veräußerung unbeweglicher Sachen und dinglicher Rechte an solchen sollte durch die gleiche positive Gesetzesvorschrift im Interesse der Rechtssicherheit umfaßt werden. Nun ist aber die Abtretung eines hypothekarisch gesicherten Forderungsrechtes eine Veräußerung desselben, eine Uebertragung des Rechtes auf einen Anderen. Wenn nun auch bei der Cession einer durch Hypothek gesicherten Forderung, soferne nicht eine andere Bestimmung getroffen oder eine andere Intention anzunehmen ist, mit der vertragsmäßigen Uebertragung des persönlichen Forderungsrechtes als der Hauptsache das

Digitized by Google

dingliche Recht der Hypothek als die Nebensache schon kraft des Gesetzes, ohne daß es eines hierauf besonders gerichteten Willensaktes bedürfte, übergeht, so ist dieser Vertrag doch immerhin ein solcher, welcher die Uebertragung des dinglichen Rechtes bewirkt, und diese Verträge fallen unter die positive Bestimmung des Art. 14 des Notariatsgesetzes ganz ebenso wie Verträge, welche die Uebertragung von Eigenthum an unbeweglichen Sachen bewirken. Das Gesetz erkennt in beiden Fällen die bisherige unbeschränkte Giltigkeit und Wirksamkeit solcher Verträge nicht mehr an; es läßt diese Wirksamkeit nur dann eintreten, wenn die vorgeschriebene Form des Vertrages eingehalten ist. Aus einem nicht notariellen Vertrage über die Veräußerung einer Liegenschaft entsteht, auch bei erfolgter Tradition, infolge der positiven Vorschrift des Art. 14 des Not.-Gesetzes ebensowenig irgend ein klagbares Recht (conf. Zink's Komm. zum Not.-Ges. S. 435) als aus einem nicht notariellen Cessionsvertrage über eine durch Hypothek gesicherte Forderung, soferne die Forderung als eine durch Hypothek gesicherte d. h. mit dieser Sicherung, also die Hauptsache und die Nebensache als ein ungetrenntes Ganzes, Vertragsgegenstand ist."

OAGErk. v. 15. Nov. 1867 Reg.-Nr. $1304^{66}/_{67}$.

Rm.

3.

Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten Rechtsstreiten sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben.

Gegen eine Aktiengesellschaft waren von zwei Klägern, die zu der Gesellschaft in ganz gleichen Rechts-

Digitized by Google

verhältniſſen ſtanden, zwei geſonderte Klagen bei dem Handelsgerichte M. angebracht worden, denen die foridekliniatoriſche Einrede entgegengeſetzt wurde, über welche vom Handelsappellationsgerichte zu Gunſten der handelsgerichtlichen Zuſtändigkeit erkannt wurde. Als nun ein Dritter, welcher ſich der Geſellſchaft gegenüber mit jenen beiden Klägern in der ganz gleichen Rechtslage befand, ſeine Klage bei dem Bezirksgerichte M. anbrachte, und dieſes Gericht dieſelbe zur Verhandlung zog, brachte der Anwalt der Beklagten bei dem oberſten Gerichtshofe einen bejahenden Kompetenzkonflikt zur Anregung.

Dieſer erachtete jedoch denſelben nach Art. 19 des Komp.-Konfl.-Geſ. nicht als erheblich zur Inſtruktion, und zwar aus nachſtehenden Gründen:

„So wie das Geſetz vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., bei jedem Konflikte zwiſchen Gerichts- und Verwaltungsbehörden vorausſetzt entweder, daß in der nämlichen Sache, welche von einem Gerichte zur materiellen Entſcheidung übernommen worden iſt, die Zuſtändigkeit von einer Verwaltungsſtelle in Anſpruch genommen wird, — bejahender Kompetenzkonflikt — oder daß in Anſehung des nämlichen Gegenſtandes ſowohl Gerichts- als Verwaltungsbehörden die Zuſtändigkeit ablehnen, — verneinender Kompetenzkonflikt (Art. 2 und 10) — ebenſo kann im Sinne des Art. 18 dieſes Geſetzes von einem Streite zwiſchen den Gerichten über ihre Zuſtändigkeit in bürgerlichen Rechtsſachen nur rückſichtlich einer und derſelben Streitſache unter den nämlichen Parteien die Rede ſein.

Denn in der geſetzlichen Berechtigung eines Gerichtes, einen beſtimmten einzelnen Rechtsſtreit zu verhandeln und zu entſcheiden, iſt deſſen Zuſtändigkeit gelegen. Wenn daher noch ein anderes Gericht in Bezug auf denſelben einzelnen

Digitized by Google

Rechtsstreit seine Zuständigkeit gleichfalls in Anspruch nimmt, wird ein bejahender Konflikt unter diesen Gerichten herbeigeführt, der durch Entscheidung eines hiezu besonders aufgestellten Gerichtes beseitigt werden muß, um jede Störung des Rechtszustandes, die der Eingriff eines Gerichtes in die Sphäre des anderen in Rücksicht auf denselben Rechtsstreit unter den nämlichen Parteien nothwendig zur Folge hätte, zu verhindern.

In derselben Weise muß entgegengesetzten Falles, wenn zwei oder mehrere Gerichte im Zweifel über die Grenzen ihrer Zuständigkeit oder wie immer solche in Beziehung auf einen einzelnen Rechtsstreit gleichmäßig von sich ablehnen, um den Rechtshilfe Suchenden nicht etwa in einen rechtlosen Zustand zu versetzen, der hienach bestehende verneinende Konflikt durch gesonderte Entscheidung eines hiefür bestimmten Gerichtes gelöst werden.

In jedem einzelnen Rechtsstreite dagegen, in welchem sich nur ein Gericht über seine Zuständigkeit ausgesprochen hat, kann von einer hiedurch veranlaßten Störung des Rechtsganges nach keiner Richtung hin die Rede sein, wenn auch dem Inhalte nach derselbe Rechtsstreit gegen die nämliche Partei von einem folgenden Kläger vor einem anderweitigen Gerichte derselben oder auch anderer Kategorie, als im ersten Falle zum Austrage beantragt, und diesem Antrage stattgegeben wird; da jedenfalls eine Kollision von Gerichtsständen in ein und derselben Rechtssache nicht vorliegt, — und den verschiedenen Gewalten im Staate in einer von einander völlig unabhängigen Weise ganz gleiche rechtliche Befugnisse innerhalb des Kreises ihrer festgestellten Zuständigkeit zukommen.

Wenn daher A. seinen Anspruch gegen die beklagte Aktiengesellschaft bei dem Bezirksgerichte M. geltend gemacht, und dieses Gericht denselben auch

Digitized by Google

zur Verhandlung gezogen hat, während L. und Z. in einer Rechtssache derselben Art und gegen dieselbe Beklagte bei dem Handelsgerichte ihre Ansprüche eingebracht haben, welches Handelsgericht von dem Handelsappellationsgerichte gleichfalls zur Austragung dieser Klagsachen als zuständig erklärt worden ist, so liegt hier kein Widerstreit mehrerer Gerichte in Ansehung des nämlichen einzelnen Rechtsstreites nach Art. 18 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes vor, und kann demnach auch der von dem Anwalte der Beklagten gestellte Antrag als erheblich nicht erachtet werden.

OAGE. v. 19. Nov. 1867 RNr. $1225^{66}/_{67}$.
77.

4.

Zur Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2 Nr. 7 und Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerl. Rechte der Israeliten betr.

Vgl. Bd. XX S. 72, Bd. XXVIII S. 201.

Dem Israeliten L. S. war der Erfüllungseid zuerkannt, derselbe starb aber vor dessen Ableistung. Seine Erben verlangten primär, daß der Eid für geleistet gelte, eventuell sie zur Ableistung desselben de credulitate zugelassen werden.

Diese Anträge wurden in allen drei Instanzen verworfen, und der Gegner der Erben (ein Christ) zum Reinigungseide de veritate zugelassen. Der oberste Gerichtshof widerlegte in den Entscheidungsgründen seines Erkenntnisses ausführlich die Behauptung der Revidenten, daß nach dem Gesetze v. 29. Juni 1851 die Bestimmung der GO. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 auch auf Juden Anwendung finden müsse, indem er aus den Verhandlungen über das Gesetz (K. d. Abg., stenogr. Bericht Bd. I S. 611, K. d. RR. Prot. Bd. II S. 480) nachwies, daß

Digitized by Google

fragliche Bestimmung der GO. nicht abgeändert wurde und nicht abgeändert werden wollte.

Bezüglich des eventuellen Antrages entschied sich der oberste Gerichtshof für die Ansicht, daß die Worte: „in solchem Falle" im Schlußsatze der GO. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 sich nicht auf den speziellen Fall des christlichen Absterbens, sondern allgemein auf das Vorabsterben vor der Eidesleistung beziehen und daß es daher auch an sich zulässig sei, den Erben eines Israeliten den Kredulitätseid aufzulegen.

Da jedoch die Erben im gegebenen Falle nur de credulitate schwören konnten, während der Gegner von der zu beschwörenden Thatsache eigenes Wissen hatte, so wurde nach GO. Kap. XIII §. 3 Nr. 8 dem Reinigungseide der Vorzug gegeben.

OAGErk. v. 23. Nov. 1867 RNr. $1319^{66}/_{67}$.

77.

5.

Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung. Wirkung des Indossamentes.

Durch notarielle Urkunde vom 16. August 1865 hatte Xaver B. dem Moses L. für die Eröffnung eines Kontokurrentkredites hypothekarische Kaution bestellt und noch an demselben Tage von diesem Kredite Gebrauch gemacht, auch dem L. für die empfangene Summe einen Wechsel ausgestellt.

Diesen Wechsel hatte Moses L. an Fanny R. durch Indossament übertragen. Als aber im Jahre 1866 der Konkurs gegen Xaver B. ausbrach, liquidirte Moses L. die Wechselforderung unter der Behauptung, Fanny L. habe diese mündlich an ihn rückcedirt.

Die erste Instanz gestand der Forderung das verlangte Vorzugsrecht in der II. Klasse zu, die beiden oberen setzten aber dieselbe in die V. Klasse

Digitized by Google

hinab, und sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

„Wie zwischen Moses L. und dem Gemeinschuldner ein selbständiges civilrechtliches Verhältniß dadurch entstanden ist, daß in der notariellen Urkunde vom 16. Aug. 1865 dem Gemeinschuldner die Eröffnung eines Kontokurrentkredites versprochen wurde und dieser dafür eine hypothekarische Kaution bestellt hat, ebenso wurde durch die Ausstellung des Wechsels vom 16. Aug. 1865 von Seite des Gemeinschuldners auf L. als Remittent zwischen beiden ein für sich bestehendes selbständiges wechselrechtliches Verhältniß begründet. Brauer, allgem. deutsche Wechselordnung S. 44 Nr. 1 lit. a.

Weder dieser Wechsel noch das Indossament desselben von Seite des L. auf Fanny R. enthält nun etwas von der in der notariellen Urkunde vom 16. Aug. 1865 bestellten hypothekarischen Kaution, diese ist daher mit der Wechselforderung auf die Indossatarin Fanny R. nicht übergegangen, indem zufolge Art. 10 der allgemeinen deutschen Wechselordnung durch ein Indossament nur Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen."

Es wird sodann noch ausgeführt, daß daher auch Fanny R. durch die angebliche Rückcession eine Hypothek auf Moses L. nicht habe übertragen, dieser auch eine solche aus eigenem Rechte dadurch nicht erlangen konnte, weil die angebliche mündliche Cession erst nach erkanntem Konkurse und erfolgter Eintragung des Veräußerungs- und Belastungsverbotes in das Hypothekenbuch stattgefunden habe.

OAGE. v. 20. Dez. 1867 NNr. $1178^{66}/_{67}$.

77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 11. April 1868. 33. Jahrgang. № 8.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarexekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. — Die Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. — Die Forderung gegen einen Färber für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen. — Brand durch Lokomotivfunken verursacht. Natur der desfallsigen Entschädigungsverbindlichkeit. — Die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage ist eine dingliche.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarexekution in einer Handelssache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarexekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat.

Der k. Advokat N. zu Regensburg hatte als Inkasso-Bevollmächtigter des Inwohners Johann B. in Sarching bei dem k. Handelsgerichte Regensburg gegen die Anwesensbesitzerseheleute Michael und Rosina L. zu Laber zwei Wechsel zu 40 fl. und 20 fl. eingeklagt. — Nach Liquidstellung dieser Forderungen wurde die Mobiliarsperre bei den Beklagten vergeblich versucht. Aber auch bei dem von dem

Digitized by Google

k. Landgerichte Hemau auf Requisition des Handelsgerichtes Regensburg durchgeführten Zwangsverkaufe des Anwesens der Beklagten zu Laber blieb aus dem erzielten Erlöse für die Forderung des Klägers nichts mehr übrig.

Für die Vertretung des Klägers B. bei diesem Zwangsverkaufe waren dem k. Advokaten N. 9 fl. 57 kr. Anwaltsgebühren erwachsen, welche derselbe bei dem Landgerichte Hemau wider B. geltend zu machen suchte, indem er beantragte, den B. zur Zahlung dieses Betrages binnen gesetzlicher Frist zu beauftragen.

Das Landgericht Hemau gab jedoch diesen Antrag sofort mit dem Bemerken zurück, daß es nur auf Requisition des Handelsgerichtes Regensburg die Zwangsversteigerung des beklagtischen Anwesens durchgeführt habe, und daß durch diese Versteigerung die ursprüngliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes nicht geändert worden sei.

Advokat N. wendete sich nun in gleicher Weise an das Handelsgericht Regensburg. Dieses Gericht wies den gestellten Antrag wegen Mangels der Zuständigkeit gleichfalls zurück, da die angemeldeten Kosten lediglich bei dem von dem Landgerichte Hemau in eigener Kompetenz vorgenommenen Zwangsverkaufe erlaufen seien.

Advokat N. regte hierauf den hienach bestehenden verneinenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zur Verfügung in dieser Sache das k. Landgericht Hemau zuständig sei."

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Für Handelssachen ist in der Regel ein besonderer von der Zuständigkeit des allgemeinen Civilgerichtes ausgeschiedener Gerichtsstand als Handelsgericht gemäß Art. 62 des Einf.-Gesetzes zum all-

Digitized by Google

gemeinen deutschen Handelsgesetzbuche bestimmt, und zwar wie für die Verhandlung und Entscheidung der Sache so auch für den Vollzug der Erkenntnisse, soferne sich dieser Vollzug auf unbewegliche Sachen des Schuldners nicht erstreckt. Dieselbe Zuständigkeit steht den Handelsgerichten nach Art. 67 des Einf.-Gesetzes auch rücksichtlich der Wechselsachen zu.

Soll aber die Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse an unbeweglichen Sachen eintreten, so fehlt in dieser Richtung dem Handelsgerichte jede Zuständigkeit, und ist daher nicht blos in dem Falle, wenn das unbewegliche Gut, welches den Gegenstand der Zwangsveräußerung bildet, außer dem Bezirke des in der Hauptsache zuständigen Handelsgerichtes gelegen ist, sondern ganz allgemein nach Art. 75 des Einf.-Ges. diese Vollstreckung von dem Stadt- oder Landgerichte durchzuführen, in dessen Bezirke die Sache liegt, wenn gleich dieser Ort mit dem Sitze des Handelsgerichtes zusammenfällt.

Daraus folgt, daß das Stadt- oder Landgericht nicht blos den von dem Handelsgerichte requirirten Zwangsverkauf zu bethätigen und das Weitere dem Richter in der Hauptsache zu überlassen, sondern vielmehr in eigener Zuständigkeit die ganze auf das unbewegliche Gut erforderliche Exekution nebst Allem, was damit im Zusammenhange steht, vollständig zu Ende zu führen hat.

Ist hiebei eine Partei von einem Anwalte vertreten worden und sieht sich dieser genöthigt, wegen seiner Gebühren und Auslagen gegen diese Klage zu erheben, so steht dieses Rechtsverhältniß vollkommen im materiellen Zusammenhange mit der Exekutionssache selbst, welche für diese Kosten sogar die ganze rechtliche Grundlage bildet.

Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß nach der Gerichtsordnung Kap. I §. 10 das für den Vollzug der Exekution selbst zuständige Gericht auch

Digitized by Google

diese Differenz zu verhandeln und hierüber zu entscheiden hat.

In keinem Falle könnte dem Handelsgerichte in Bezug auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Anwalte und seiner Partei rücksichtlich der Kosten des ersteren, welches Verhältniß immer eine vor dem ordentlichen Civilgerichte auszutragende Rechtssache und nicht eine Handelssache bildet, irgend eine Zuständigkeit zukommen, da nach eben dieser Gesetzesstelle Sachen, welche nur zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes sich eignen, niemals, auch nicht unter dem Titel der Zusammengehörigkeit vor einen außerordentlichen Gerichtsstand — forum exemtum — gebracht werden dürfen.

Da, wo für die Entscheidung solcher Differenzen zwischen dem Anwalte und seiner Partei die Grundsätze der Konnexität keine Anwendeng finden, ist vielmehr für dieselben nur der persönliche ordentliche Gerichtsstand des Beklagten als der ausschließend zuständige zu erachten [1]).

Erk. d. OGH. v. 27. Dez. 1867, UB. Nr. 77.

2.

Die Klagen auf Supplirung des Ehekonsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte [2]).

Am 4. Sept. 1867 reichte der k. Advokat N. in Nürnberg als Vertreter der volljährigen Privatierstochter Margaretha G. in Würzburg bei dem

---

[1]) Vgl. oben S. 53.

[2]) Anderer Meinung ist Edel, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 10. Nov. 1861 S. 161, welcher die Appellationsgerichte, und Seitz in diesen Blättern Bd. XXVIII S. 1 ff., insbes. S. 8—11,

Digitized by Google

k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg eine Klage gegen deren Mutter, die Privatierswittwe Barbara G. in Würzburg ein, in welcher er unter dem Anführen, daß die Beklagte seiner Mandantin, welche sich mit dem Handlungskommis Nikolaus B. verlobt habe, den Konsens zur Ehe mit demselben ohne Grund verweigere, die Bitte stellte, auszusprechen, daß der Klägerin zu dieser vorhablichen Verehelichung an Stelle des elterlichen Ehekonsenses der obrigkeitliche Konsens zu ertheilen sei. Hiebei wurde in Betreff der Kompetenz des k. Appellationsgerichts für diese Sache auf die churfürstlich bayerische Verordnung vom 21. April 1804 für die fränkischen Fürstenthümer, die Kompetenz zur Supplirung des Ehekonsenses betr., Bezug genommen.

Das k. Appellationsgericht wies jedoch diese Klage a limine wegen mangelnder Kompetenz ab, indem es von der Annahme ausging, daß in Folge des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1861 seine allerdings früher für solche Sachen begründete Zuständigkeit auf die Bezirksgerichte übergegangen sei.

Nun wendete sich Margaretha G. mit derselben Klage an das k. Bezirksgericht Würzburg; aber auch dieses Gericht wies die Klage wegen mangelnder Kompetenz ab, indem es die Zuständigkeit des k. Appellationsgerichtes als begründet erachtete.

In Folge dessen regte der k. Advokat N. bei dem obersten Gerichtshofe den Kompetenzkonflikt an, welcher nach gehöriger Instruktion dahin entschieden wurde,

---

welcher die Einzelnrichterämter für zuständig erklärt. Der Ansicht Edel's war der oberste Gerichtshof als III. Inst. beigetreten in einem Erk. v. 4. Juni 1866 (Bl. f. RA. Erg.-Bd. zu Jahrg. 31 u. 32 S. 4 ff.).

„daß zur Verhandlung und Entscheidung über die Klage der Margaretha G. gegen ihre Mutter Barbara G. wegen Supplirung des Ehekonsenses das k. Bezirksgericht Würzburg zuständig sei."

Diesem Ausspruche sind folgende Gründe beigefügt:

Die Entscheidung des in rubrizirter Sache zwischen dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und dem k. Bezirksgerichte Würzburg entstandenen negativen Kompetenzkonfliktes hängt von Beantwortung der Frage ab, ob der durch die Verordnung vom 2. Mai 1804, die Kompetenz bei Supplirung des elterlichen oder vormundschaftlichen Konsenses zur Verehelichung betr., in den vormals fränkischen Fürstenthümern für die Streitigkeiten über Supplirung eines solchen Konsenses geschaffene privilegirte Gerichtsstand vor dem einschlägigen k. Appellationsgerichte durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861 aufgehoben worden sei oder nicht.

Bei Erörterung dieser Frage ist vor Allem der Satz an die Spitze zu stellen, daß es sich hier um eine dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit angehörige Sache handelt. Das Recht der Eltern, zu der von ihren Kindern beabsichtigten Verehelichung ihren Konsens zu ertheilen oder zu verweigern, ist ein Ausfluß der patria potestas, welche in dieser Beziehung beiden Eltern und nicht dem Vater ausschließlich zusteht, und ist, wie die übrigen aus dieser potestas entspringenden Rechte privatrechtlicher Natur. Wenn sich nun ein Kind, welchem von seinem parens der Konsens zur Verehelichung verweigert worden ist, mit einer s. g. Konsenssupplirungsklage an die Obrigkeit, d. h. an das zuständige Gericht wendet, so geht seine Intention dahin, daß dem parens, weil er keine justa causa zur Verweiger-

Digitized by Google

ung gehabt habe, das fragliche Privatrecht entzogen und an die Obrigkeit devolvirt werde. Da es sich somit um die Entziehung eines Privatrechtes handelt, bezüglich welcher zwei im entgegengesetzten Interesse betheiligte Gegner einander gegenüber stehen, so erscheinen die Streitigkeiten hierüber dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit angehörig, und ist es hiebei für die Kompetenzfrage ohne Bedeutung, daß an die Entziehung des fraglichen Zweiges der patria potestas die Folge sich knüpft, daß nunmehr dieses Recht von dem Gerichte ausgeübt wird; denn es ist immerhin in der Intention des Klägers gelegen, daß die Schlichtung der bestehenden Differenz durch die Obrigkeit in einer ihm günstigen, dem bisher vom Beklagten ausgesprochenen Willen zuwiderlaufenden Sinne erfolge.

Auch die oben allegirte Verordnung vom 2. Mai 1804 deutet nirgends an, daß sie die Schlichtung von Differenzen der bezeichneten Art als dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörig erachte.

Diese Verordnung wollte überhaupt nicht eine Ausscheidung zwischen der Kompetenz von Gerichten der streitigen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, sondern zwischen der Zuständigkeit weltlicher und geistlicher Gerichte, welch' letztere bis dahin in allen die Ehe betreffenden Streitigkeiten zuständig waren, treffen. Wenn im ersten Absatze dieser Verordnung davon gesprochen wird, daß das Recht der Ehekonsenssupplirung von jenen Behörden auszuüben sei, welchen die Pupillargegenstände untergeben seien, so wollte hiedurch nicht jenes Recht als ein Theil des Kuratelwesens bezeichnet werden, sondern es war dieß nur einer von jenen Gründen, welche für die Uebertragung der Jurisdiktion in dergleichen Streitigkeiten an die weltlichen Gerichte maßgebend waren. Der Hauptgrund aber war

offenbar die vorher in demselbem Absatze ausgesprochene Erwägung, daß von solchen Streitigkeiten rechtliche Ansichten, d. h. Sätze des bürgerlichen Rechtes, unzertrennlich seien; denn der erstere Grund würde auf Streitigkeiten zwischen Eltern und majorennen Kindern gar nicht passen.

Es hat sich auch sowohl die Theorie des bayerischen Civilprozesses (Seuffert's Komm. z. G.-O. Ausg. I Bd. I S. 105—8 u. Bd. II S. 39) als auch die Praxis der bayerischen Gerichte dafür entschieden, daß Streitigkeiten der vorliegenden Art Gegenstände der streitigen Rechtspflege seien.

Steht aber dieß fest, so fallen sie in erster Instanz nach Art. 26 des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1861 in die Kompetenz der Bezirksgerichte. Die in diesem Artikel für die Kompetenz der Bezirksgerichte in streitigen Rechtssachen aufgestellte allgemeine Regel muß bei der Intention des Gesetzes, die Grundlagen der Civiljurisdiktion in allen ihren Sphären neu zu regeln, so lange als durchgreifend erachtet werden, als nicht das Gerichtsverfassungsgesetz selbst Ausnahmen hievon statuirt.

Unter keine dieser Ausnahmen können aber die Streitigkeiten über Supplirung des Ehekonsenses gerechnet werden. Daß sie unter keine der Kategorien fallen, welche in Art. 8 den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind, ist an und für sich klar. Sie gehören aber auch nicht zu den Streitigkeiten, welchen das Gerichtsverfassungsgesetz in den Artikeln 73—75 den denselben bisher gewährten sachlich eximirten Gerichtsstand vorbehalten hat. Die Bestimmungen in diesem Abschnitte des Gesetzes sind als Ausnahmen von der Regel des Art. 26 zu erachten, und können daher nicht als Anhaltspunkt für die Annahme dienen, daß das Gesetz auch noch andere nicht speziell berührte sachlich eximirte Ge-

Digitized by Google

richtsstände habe aufrecht erhalten wollen. Am allerwenigsten aber kann diese Annahme für ein forum exemtum der vorliegenden Art gelten, da dasselbe aus alter Zeit, aus einer Periode, in der die ganze Gerichtsorganisation von der heutigen sehr verschieden war, stammt und ohnehin nur für einen verhältnißmäßig kleinen Theil des Königreiches Geltung hatte, und da ferner für dessen Aufrechthaltung Gründe der Zweckmäßigkeit, wie bei den beibehaltenen sachlich eximirten Gerichtsständen, offenbar nicht gegeben sind.

Die im Eingange allegirte Verordnung, insoweit sie die Streitigkeiten über Supplirung des Ehekonsenses den Hofgerichten und nachmaligen Appellationsgerichten in den vormals fränkischen Fürstenthümern in erster Instanz zugewiesen hat, ist daher durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1861 als aufgehoben zu erachten.

Da nun die Beklagte im Sprengel des k. Bezirksgerichtes Würzburg nach Inhalt der Klage domizilirt, ist auch die Kompetenz desselben für gegenwärtige Klagsache begründet.

Erk. d. OGH. v. 4. Jan. 1868, UB. Nr. 78.

3.

Die Forderung gegen einen Färber für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen.

Der k. Advokat N. legte mit Klage vom 24. Sept. 1867 dem k. Bezirksgerichte Donauwörth einen Handelsbuchsauszug zur Bescheinigung darüber vor, daß die Färberswittwe Barbara W. zu Donauwörth dem Handlungshause R. u. Komp. in Stuttgart für käuflich bezogene Waaren einen Saldo von 238 fl. 54 kr. schulde, und stellte die

Bitte, der Beklagten einen bedingten Zahlungsauftrag zugehen zu lassen.

Das k. Bezirksgericht Donauwörth wies jedoch die Klage von dort ab, weil es sich um den Kaufpreis von zum Zwecke gewerblicher Weiterveräußerung angeschafften Waaren und Materialien handle, welche bei dem Gewerbebetriebe unmittelbar benützt und verbraucht werden, — Art. 273 des allg. d. HGB. — und deshalb das Handelsgericht zuständig sei.

Dieselbe Klage stellte Advokat N. hierauf bei dem k. Handelsgerichte Augsburg, allein auch dieses Gericht lehnte seine Zuständigkeit in dieser Sache ab, weil ein Färber die angeschafften Farben bei Ausübung seiner verdungenen Dienste verwende, in der Belohnung dieser Dienste auch der Werth des dabei verbrauchten meist geringfügigen Materiales miteingerechnet werde, sohin keine Handelssache vorliege, und Beklagte auch nicht als Kaufmann erscheine.

Advokat N. regte daher bei dem obersten Gerichtshofe den bestehenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion dahin entschieden wurde,

„daß in dieser Sache das k. Bezirksgericht Donauwörth zuständig sei."

Diesem Ausspruche sind folgende Gründe beigefügt:

Nach Art. 271 Ziff. 1 des allgem. d. HGB. bildet der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen ein Handelsgeschäft, wenn diese Anschaffung zu dem Zwecke erfolgt, um dieselben durch Verkauf oder ein diesem ähnliches Rechtsgeschäft weiter zu veräußern, wobei es unter dieser Voraussetzung keinen Unterschied macht, ob diese Waaren oder anderen beweglichen Sachen als solche in Natur oder nach einer

Digitized by Google

Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen.

Die Beschäftigung eines Färbers beruht aber in der Regel nicht darauf, die von ihm angeschafften Farbstoffe nach ihrer Bearbeitung oder Verarbeitung im Wege des Verkaufes oder eines diesem ähnlichen Geschäftes wieder weiter zu veräußern, sondern auf einer Verdingung seiner Dienste rücksichtlich des Färbens verschiedener ihm übergebener Stoffe, wobei im Wesentlichen nur der Lohn für diese Dienste in Betracht kommt, während die bei solcher Beschäftigungsweise verbrauchten Farben bloß nebenher im Arbeitsverdienste mit in Berechnung gebracht werden; daher stellen letztere weder selbständig noch in Verbindung mit der Hauptsache einen Handelsgegenstand für ihn dar.

Diese Beschäftigungsweise allein gewährt sohin keineswegs, wie das k. Bezirksgericht Donauwörth durch Hinweisung auf Art. 4 und 6 des allg. d. HGB. annimmt, dem Färber oder einer Färberswittwe die Eigenschaft eines Kaufmannes oder einer Handelsfrau, es kann deßhalb bezüglich des mit dem Verdienste zugleich in Anschlag gebrachten Werthsbetrages der Farben, als des bei dem Betriebe dieses Gewerbes unmittelbar verbrauchten Materiales, auch nicht der Art. 273 dieses Gesetzes in Bezug genommen werden, da dieser Artikel, um den hierin angeführten Geschäftsbetrieb als ein Handelsgeschäft erachten zu können, die Eigenschaft dessen, der ihn ausführt, als eines Kaufmannes zur Voraussetzung hat, diese Voraussetzung aber hier in keinem Falle gegeben ist, nachdem auch dafür, daß der Gewerbebetrieb der Beklagten in Beziehung auf die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere über den Umfang des Handwerkes hinausgehe, — Art. 272 Ziff. 1 — keinerlei Anhaltspunkt vorliegt.

Ist aber eine solche Eigenschaft der Beklagten

nach keiner Richtung zu entnehmen, und überdieß das in Frage stehende Geschäft als ein Handelsgeschäft nicht zu erachten, so kann auch nach Art. 64 Abs. 1 des Einf.-Ges. zum allgem. d. HGB. nicht das Handelsgericht, sondern nur das ordentliche Civilgericht der Beklagten zur Verfügung in dieser Sache zuständig sein.

Erk. d. OGH. v. 28. Febr. 1868, UB. Nr. 79.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Brand durch Lokomotivfunken verursacht. Natur der desfallsigen Entschädigungsverbindlichkeit.

Vgl. Bd. XXI S. 439.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Was die Vorfrage betrifft, ob der k. Eisenbahnfiskus überhaupt verpflichtet sei, für den Schaden einzustehen, welcher durch ausspühende Funken aus den Lokomotiven seiner Eisenbahnzüge an fremdem Eigenthume angerichtet wird, so ist allerdings der Regel nach jede Verbindlichkeit zum Schadensersatze durch das Dasein einer absichtlichen oder fahrlässigen Beschädigung bedingt.

Von einer absichtlichen Beschädigung kann zwar hier keine Rede sein; allein eine Fahrlässigkeit liegt offenbar vor, und zwar, wenn auch nicht in der Unterlassung angemessener Sorgfalt zur Verhütung des Ausspühens von Funken aus der Lokomotive, wohl

Digitized by Google

aber durch Nichtbeachtung der gesetzlichen Beschränkung der Eigenthumsausübung gegenüber dem nachbarlichen Eigenthume.

Der Eigenthümer ist zum vollen Gebrauche seines Eigenthumes nur innerhalb der lokalen Grenzen desselben und unabbrüchig derjenigen Beschränkungen, welche ihm das Gesetz in Rücksicht auf nachbarliches Eigenthum auferlegt, befugt, und wenn er bei seinem Gebrauche jene Grenzen überschreitet und beschädigend auf das Eigenthum Anderer eingreift, sofort etwas unternimmt, wodurch er die erwähnten gesetzlichen Grenzen überschreitet, begeht derselbe offenbar eine kulpose Handlung.

Nun ist es aber dem Eigenthümer nach der klaren Vorschrift des fr. 8 §. 5 si serv. vind. (8, 5) nicht erlaubt, übermäßigen Rauch oder sonst etwas in das nachbarliche Gebiet ausströmen zu lassen (immittere). Feuerfunken müssen aber unter diesem „etwas anderen" ebenfalls und zwar um so sicherer verstanden werden, als diese beschwerlicher und gefährlicher auf das benachbarte Eigenthum einwirken, als der Rauch nud das Wasser, von welch' letzterem in obiger Gesetzesstelle gleichfalls die Rede ist.

Es gibt ferner diese Gesetzesstelle dem nachbarlichen Eigenthümer sogar dann eine Klage, wenn der andere Steine bricht und Bruchstücke hievon in des Nachbarn Eigenthum fallen.

Die hier gestattete negatorische Klage geht aber nicht blos auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes, sondern ausdrücklich auch auf Entschädigung für den Fall, daß der Eingriff in fremdes Eigenthum nicht beseitigt wird; fr. 7 si serv. vind. Glück, Komment. Bd. 10 S. 239 Nr. III b.

Die durch Verletzung dieser gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthumes begangene culpa wird nicht durch den Umstand aufgehoben, daß die

Digitized by Google

Eisenbahnanstalt durch die vom Staate ertheilte Konzession zum Betriebe des Eisenbahnverkehres mit Lokomotiven autorisirt ist; denn hierin ist nur eine thatsächliche Entwährung des Rechtes nachbarlicher Realitätenbesitzer, gegen das ganze Unternehmen, folglich auch gegen das Eindringenlassen von Funken, die Freiheit des bedrohten Eigenthumes von einer solchen Anmaßung mittels der negatorischen Klage geltend zu machen, der Wirkung nach enthalten; den Anspruch auf Entschädigung im Falle eingetretenen Schadens schließt aber die Konzession nicht nur nicht aus, sondern sie hat die Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers hiezu, nach Art. 1 litt. A. b. des Expropriationsgesetzes zur alsbaldigen nothwendigen Folge.

Es findet daher, wenn eine solche Konzession mit Genehmigung der Baulinie von Seite der Staatsgewalt aus Rücksichten auf Beförderung des großen Weltverkehres ertheilt ist, allerdings die erwähnte Klage auf Einstellung des Eisenbahnbetriebes nicht statt; allein hieraus folgt nicht, daß nun der Unternehmer der Eisenbahnanstalt einen Freibrief zur Beschädigung dritter Personen ohne jede Entschädigungsverbindlichkeit erhalte, vielmehr leitet sich diese Verbindlichkeit als selbstverständlich aus der in der Verfassungsurkunde Th. IV §. 8 gewährten Sicherheit der Person und des Eigenthumes ab.

Durch die Entwährung der Befugniß zur Anstellung der Negatorienklage wird also die Entschädigungsforderung selbst nicht ausgeschlossen, sondern der durch sie zu verfolgende Anspruch verwandelt sich nur nach fr. 7 si serv. vind. und Art. 1 A. b. des Expropriationsgesetzes in eine Entschädigungsforderung.

Hiernach kömmt es darauf, ob in einem konkreten Falle eine von der Ueberschreitung jener Grenzen unabhängige und spezielle Fahrlässigkeit be-

Digitized by Google

gangen worden sei, in Ansehung der Entschädigungspflicht offenbar nicht an.

Für diese rechtliche Beurtheilung der hier zu entscheidenden Frage in der oben ausgeführten Weise haben sich nicht nur oberstrichterliche Erkenntnisse des In- und Auslandes (Seuffert, Archiv Bd. XII Nr. 124; Bd. XIII Nr. 235, Bd. XIV Nr. 208 und Bd. X Nr. 164), sondern auch gewichtige Rechtslehrer auf dem Standpunkte der Theorie entschieden. Vgl. Windscheid, Lehrb. des Pand.-Rechtes Bd. I §. 169 Anmerk. 7."

Hienach wurden der Klägerin nur die vom Beklagten widersprochenen Thatsachen zum Beweise auferlegt, daß der abgebrannte Stadel durch Funken in Brand gesteckt worden sei, welche aus der Lokomotive des bezeichneten Güterzuges ausprühten, und welchen Werth dieser Stadel hatte.

OAGE. v. 30. Dez. 1867 RNr. $1260^{66}/_{67}$.

77.

2.

Die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage ist eine dingliche.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber Folgendes:

„Die Kläger stützen ihre Bitte um Löschung der hier in Frage stehenden Hypothekvormerkung auf die Behauptung, daß diese Vormerkung vom Beklagten ungeachtet des Mangels der gesetzlichen Vorbedingungen für einen solchen Eintrag erschlichen worden sei, insbesondere ein gesetzlicher Rechtstitel für eine Hypothek dem Beklagten nicht zur Seite stehe.

Nach dieser Begründung der Klage in Verbindung mit deren Petitum, kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die angestellte Klage dinglicher Natur sei. Denn die Vormerkung

einer Hypothek hat nicht minder die Natur einer Belastung des Grundeigenthumes, welche gegen den Besitzer des belasteten Objektes sowohl wie gegen jeden Dritten nachtheilige Wirkungen hervorzubringen im Stande ist, als der definitive Eintrag einer Hypothekforderung; beide unterscheiden sich nicht in ihrer rechtlichen Natur im Allgemeinen, sondern nur im Umfange der rechtlichen Befugnisse, welche sie dem Gläubiger gewähren.

Ist nun der Gegenstand der Klage dinglicher Natur, so ist es auch deren Fundament; denn dieses besteht nur in der Behauptung, daß die Kläger Eigenthümer der belasteten Objekte seien, und in der Negation der gesetzlichen Voraussetzungen für Erlangung einer Vormerkung, insbesondere des Vorhandenseins eines Hypothektitels. Die Klage hat daher die Natur einer actio negatoria (vgl. Seuffert's Bl. f. RA. Bd. XXV S. 225 ff.). Es kann auch keinem gegründeten Bedenken unterliegen, die bezüglich dieser Klage geltenden Grundsätze, wie auf Klagen auf Löschung definitiv eingetragener Hypotheken, so auch auf Klagen anzuwenden, durch welche die Löschung von vorgemerkten Hypotheken erstrebt wird, indem dergleichen Vormerkungen eben so, wie wirkliche Hypothekeneinträge, Eingriffe in das Eigenthum enthalten, zu deren Beseitigung die actio negatoria dient (vgl. Bl. f. RA. Bd. XXIV S. 8, Bd. XXV S. 249).

Hat nun aber gegenwärtige Klage die Natur der actio negatoria, also einer dinglichen Klage, so mußte sie bei dem forum rei sitae angebracht werden, und die von der vorigen Instanz gebilligte Weigerung des Beklagten, sich vor diesem Gerichte auf die Klage einzulassen, ist daher ungegründet."

OAGE. v. 4. Jan. 1868 RNr. $1338^{66}/_{67}$.

Rm.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 25. April 1868. 33. Jahrgang. No. 9.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das eheliche Güterrecht des Weißenburger Stadtrechtes. — Zur Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. — Form der Eheverträge. Statutenkollision. — Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines, dienstpräsenten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als ein Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen worden war.

Das eheliche Güterrecht des Weißenburger Stadtrechtes,

von Prof. Paul Roth in München.

Die Stadt Weißenburg in Mittelfranken, früher Reichsstadt der schwäbischen Bank, hat Statuten aus dem Jahre 1739, welche sich theilweise auf polizeiliche Gegenstände beziehen, indessen auch einige prozessualische und civilrechtliche Bestimmungen enthalten; unter den letzteren ist von Bedeutung Tit. 3: von Eheverlöbniß und Hochzeithaltung [1]). Die hier vorliegende Aufzeichnung [2]) des ehelichen Güterrechtes wurde früher als die allgemeine Gütergemeinschaft begründend angesehen [3]) und erst seit der Ausführ-

[1]) Arnold, Beitr. z. t. Pr. R. Th. I S. 824 und Gengler, Pr. R. Th. II S. 1033 geben den Wortlaut.

[2]) Roth, de successione conjugum Weissenburgensium, Altorf 1767, S. 12 f. weist nach, daß dieses Statut zum größeren Theile nur Wiederholung älterer statutarischer Gesetze enthalte. Die älteste Aufzeichnung in Weißenburg ist von 1372. S. Gengler, Stadtrechte S. 518.

[3]) Roth, de successione §. 7 ff. Scherer, Gütergemeinschaft Th. I S. 109, Böhmer, de juribus — ex communione universali. Gött. 1748 §. 15.

Digitized by Google

ung von Arnold (Beiträge Th. I S. 825) wird hier das Dotalrecht als geltendes Güterrecht angenommen [4]). Die von Arnold angeführten Gründe haben mich indessen nicht überzeugt. Er stützt seine Meinung darauf, daß die Abfindung der Kinder nach dem Statute sich nicht auf das gemeinschaftliche Vermögen sondern nur auf das väterliche oder mütterliche Erbe beziehe, daß die Ehefrau mit ihrem Vermögen regelmäßig nicht für die Schulden des Mannes hafte, und daß bei Wiederverehelichung die römischrechtlichen Strafen der zweiten Ehe anwendbar seien. Diese drei Punkte scheinen mir nicht maßgebend zu sein. Unter den 20 anderen bayerischen Statuten, welche die allgemeine Gütergemeinschaft als eheliches Güterrecht festsetzen, sind 8, welche die Abtheilung nicht nach dem Stande des gemeinschaftlichen Vermögens, sondern nach dem Vermögen des Verstorbenen (Eingebrachtes u. s. f.) bestimmen, vor Allem Bayreuth, welches ja auch Arnold a. a. O. S. 174 zu der allgemeinen Gütergemeinschaft rechnet. Daß dieser nur diejenigen Statuten angehören, welche die Theilung immer nach Quoten vornehmen, ist eine Meinung, die eben so weit verbreitet als grundlos ist. Kennt ja doch selbst das Bamberger Landrecht bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine Abtheilung durch Herausgabe des Eingebrachten des verstorbenen Elterntheiles. LR. II 1, 3, 18 S. 239.

Ebensowenig entscheidend ist der zweite Punkt. Zwar bestimmt Tit. 9 der Statuten und die VO. v. 19. Februar 1768 (Arnold a. a. O. S. 830), daß Ehefrauen bei gemeinsam kontrahirten Schulden nie die weiblichen Freiheiten sollen ansprechen können,

[4]) So von Mittermaier, Pr. R. §. 387, Gengler Pr. R. Th. II S. 1033 und Rosenkrantz, Pflegschaftswesen (Beilagenheft zu Bd. VII der Zeitschrift f. Gesetzg. u. Rechtspfl.) S. 52.

Digitized by Google

woraus Arnold S. 826 folgert, daß in der Regel eine Schuldenhaftung der Ehefrauen nicht begründet sei; allein die fraglichen Bestimmungen beziehen sich offenbar auf verdingte Ehen, da darin bestimmt ist, daß die Ehefrau für das zugebrachte Heirathgut und Gegenvermächtniß eines Vorzuges nicht theilhaft sein soll. Ganz in derselben Weise bestimmt die Lindauer Konkursordnung von 1738 und der daraus gezogene Tit. 33 der Kempter Gerichts- und Prozeßordnung von 1770, daß die Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen die weibliche Freiheit ansprechen könne, obwohl doch nach beiden Statuten zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft gilt. Diese Bestimmungen sind offenbar auch nur auf verdingte Ehen zu beziehen, da sie das Recht der weiblichen Freiheit ausdrücklich ausschließen, wenn der Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft lautet (Lindauer Konk.-O. IV. 9, Kempter GO. XXXIII. 8), und demnach auch für den gesetzlichen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht bestimmen wollen.

Endlich kann ich auch den dritten Punkt nicht als entscheidend anerkennen. Im Jahre 1693 hat nämlich die kaiserl. Subdelegationskommission in einem zwischen Magistrat und Bürgerschaft vermittelten Vergleiche bezüglich der Auseinandersetzung des parens binubus mit den Kindern erster Ehe auf das gemeine Recht verwiesen, und in Folge davon wurde in der kaiserlichen Verordnung von 1699 Nr. 43 ausgesprochen, daß es in dieser Hinsicht bei der Bestimmung const. 6 de sec. nupt. (5, 9) um so mehr sein Bewenden haben solle, als zu vernehmen gewesen, daß auch in der Nachbarschaft auf solchen kaiserlichen Gesetzen steif gehalten werde (Arnold a. a. O. S. 823). Was die letztere Bemerkung betrifft, so entscheidet dieselbe nichts für das Recht der Stadt, da aus Siebenkees, Intestaterbfolge nach Nürnbergischem Rechte, Nürnberg

Digitized by Google

1787, §. 63 u. 64 erhellt, daß die Reichsstadt Weißenburgischen Unterthanen auf dem Lande nach einem anderen Rechte lebten, als die Bürger und Angehörigen in der Stadt, da die letzteren retorsionsweise von der Intestaterbfolge bei versammten Ehen des Nürnberger Rechtes ausgeschlossen waren, nicht aber die ersteren. Daß übrigens diese Bestimmung nur bezüglich der darin angeordneten Strafen der zweiten Ehe anwendbar sei, und demnach nichts über die Auseinandersetzung des parens binubus mit den Kindern feststelle, erhellt schon daraus, daß die letztere in den späteren Statuten von 1739 selbständig geregelt ist. Uebrigens findet sich ganz die gleiche Beziehung auf const. 6 (5, 9) auch in dem Stadtrechte von Dinkelsbühl Bd. I Tit. II §. 8 (Arnold a. a. O. S. 265), das ja doch, wie Arnold selbst annimmt, allgemeine Gütergemeinschaft statuirt.

Während so die von Arnold angeführten Gründe für seine Meinung nicht entscheiden, finden sich andererseits bestimmte Anhaltspunkte gegen dieselbe. Die Bestimmungen des Statutes gehen dahin, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod der überlebende Ehegatte das gesammte Vermögen unvertheilt behält, und erst bei Wiederverehelichung mit den Vormündern und Blutsfreunden der Kinder die Einleitung zur Abtheilung treffen muß, während bei verdingten Ehen oder wenn der vorabsterbende Ehegatte Kinder aus einer früheren Ehe hinterläßt, über das Vermögen des überlebenden Ehegatten sofort ein Inventar errichtet werden soll. Denn nur so läßt sich der Wortlaut:

> ob sich begeben, und daß ein Ehegemächt vor dem anderen sterben würde, da dann verdingte Heirath oder Kinder anderer Ehe vorhanden, so soll desselben überbleibenden Ehegemächt Hab' — gleich alsbalden — inventirt werden. — So

Digitized by Google

ein solches geschehen, soll das verlassene Ehegemächt, so es zu der anderen Ehe greifen wollte, vor allen Dingen mit seiner Kinder verordneten Vormündern — ein erbare gleichmäßige Abtheilung oder Vergleichung väter- oder mütterlichen Erbes treffen —

erklären [5]). Es fällt also bei Auflösung der Ehe das Vermögen des verstorbenen Ehegatten nicht an die Kinder, als seine Erben, sie haben nur eine Hoffnung auf Abfindung. Diese erstreckt sich nur auf die zur Zeit derselben lebenden Deszendenten und wird nicht auf andere Erben, zum Beispiel den Ehegatten eines vorabsterbenden Kindes, übertragen [6]). Hieraus erhellt aber ganz zweifellos, daß bei Auflösung der Ehe der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer des Vermögens wird, und nur bei Wiederverheirathung den Kindern erster Ehe eine nach dem Einbringen des Verstorbenen zu bemessende Abfindung herauszugeben hat, ein Verhältniß, das mit dem Dotalrechte unvereinbar ist, und sich sonst nur bei der strengsten Form der Güter-

---

[5]) Daß die Fälle in dieser Weise zu unterscheiden seien, hebt schon Roth, de successione §. 14 hervor, indem er den Satz: „Kinder anderer Ehe" auf den Fall beschränkt, wo der vorabsterbende dem überlebenden Ehegatten Kinder aus einer anderen Ehe angeheirathet hat, den letzteren aber auf die Abtheilung des überlebenden Ehegatten mit seinen eigenen Kindern bezieht. Ebenso das Göttinger Gutachten bei Roth p. 42. Arnold a. a. O. S. 827 Note 1 macht diese Unterscheidung zwar nicht, gibt aber die Nothwendigkeit indirekt zu, indem er Note 2 hervorhebt, daß der überlebende Ehegatte bei unverdingten Ehen, wenn er nur eigene Kinder habe, kein Inventar zu errichten brauche, — woraus erhellt, daß sich die erstere Bestimmung nur auf den Stiefparens beziehen kann.

[6]) Arnold S. 827 Note 2.

Digitized by Google

gemeinschaft (Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten), findet[7]). Dieser gehört denn auch das Weißenburger Recht nach seiner geschichtlichen Entwickelung ganz zweifellos an. Aus einem bei Klock Consilia II. 577 mitgetheilten Gutachten, das also jedenfalls vor 1673 ertheilt ist, geht hervor, daß nach der Ansicht des Verfassers damals in Weißenburg noch Verfangenschaftsrecht galt; ebenso ist in einem Erkenntnisse des Reichskammergerichtes von 1768 (Cramer, Wetzlar'sche Nebenstunden 92, 130) in einem Rechtsfalle, der nach Windsheimischem Rechte entschieden wurde, hervorgehoben, daß die Kläger das Bestehen der allgemeinen Gütergemeinschaft in den benachbarten Landen, namentlich Brandenburg-Culmbach, Stadt Weißenburg u. s. f. nachgewiesen hätten; endlich aber lassen die in der erwähnten Abhandlung: Roth, de successione conjugum Weissenburgensium mitgetheilten Aktenstücke darüber keinen Zweifel.

In einem bei dem Magistrate Weißenburg anhängigen Prozesse im Jahre 1749 hatte der Kläger als Erbe seines Sohnes den seine verstorbene Frau treffenden Erbtheil an dem Vermögen des verstorbenen Großvaters von dessen überlebender Wittwe verlangt. Diese Klage wurde zurückgewiesen, weil nach notorischer Uebung bei unverdingten Ehen in Weißenburg der überlebende Ehegatte, der den Wittwenstuhl nicht verrücke, zu einer Abtheilung nicht angehalten werden könne. Da der Kläger eine Ver-

---

[7]) Das Weißenburger Recht stimmt in diesen Festsetzungen mit dem Rechte von Oettingen und Nördlingen überein. Dort hat der überlebende Ehegatte gleichfalls nur bei Wiederverehelichung den Kindern eine Abfindung zu geben, deren Betrag im einzelnen Falle festgesetzt wird, wobei das Einbringen des Verstorbenen einen wesentlichen Anhaltspunkt bietet.

Digitized by Google

ſendung an drei unparteiiſche Reichsſtädte beantragt, aber nicht durchgeſetzt hatte, provozirte er an den Reichshofrath, in deſſen Auftrag der Magiſtrat eine Information aufſtellte, welche mit einem von 63 Bürgern ausgeſtellten Atteſtate, den Ausſagen von 72 notariell vernommenen Zeugen und einem von der Univerſität Göttingen ausgeſtellten Gutachten dahin übereinſtimmt, daß bei unverdingten Ehen der überlebende Ehegatte Alleinerbe des ganzen Vermögens ſei und nur bei Wiederverehelichung die Kinder abzufinden habe. Dieſe Abfindung erfolgt, wie Roth l. c. §. 22 bezeugt, nach langjähriger Uebung dahin: quod a conjugis ad secunda vota transeuntis arbitrio per consensum cognatorum praemortui munito dependeat, quid quale quantum et quibus conditionibus liberi prioris matrimonii — accipiant, nec conjux binubus obligatur praecipui loco illata defuncti conjugis bona omnia liberis assignare. Dieſe Obſervanz, welche auch jetzt in der Hauptſache noch beobachtet wird, läßt ſich auf kein anderes Rechtsverhältniß als die allgemeine Gütergemeinſchaft zurückführen, deren Beſtand denn früher auch nicht bezweifelt wurde. Denn in dem oben erwähnten Rechtsſtreite, welcher 10 Jahre nach Veröffentlichung des Statutes ausbrach, wurde nicht einmal von Seite des Klägers behauptet, daß in Weißenburg Dotalrecht gelte, vielmehr die allgemeine Gütergemeinſchaft als Güterſtand bei unverdingten Ehen ausdrücklich anerkannt, wie denn auch der Magiſtrat durch alle Phaſen dieſes Rechtsſtreites, welchen der Kläger endlich fallen ließ, an dieſer Meinung feſthielt. Ich glaube daher das Weißenburger Stadtrecht zu den Statuten der allgemeinen Gütergemeinſchaft rechnen zu müſſen.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zur Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist.

Vergl. Erg.-Bd. zu Bd. 31 und 32 S. 209.

A und B hatten gemeinschaftlich dem C ein Anwesen abgekauft und sich demselben zur Baarzahlung des Kaufschillings von 46000 fl. solidarisch verbindlich gemacht. Nachdem der Verkäufer mit dem Kaufschillinge völlig befriedigt war, geriethen die beiden Käufer bei der Abrechnung über ihre Leistungen an denselben in einen Rechtsstreit, in welchem es zur Vertheidigung des Beklagten B gegen die Ansprüche des Klägers A von Erheblichkeit war, daß jener, wie er behauptete, nach einer Uebereinkunft mit dem C diesem statt einer Baarzahlung von 12000 fl. ein Hypothekkapital von gleichem Betrage cedirt habe; da jedoch B die Cession nur einseitig und ohne Mitwirkung des C vor einem Notare erklärt hatte, so entgegnete A, daß die Cession, weil sie nicht nach Art. 14 des Notariatsgesetzes als Vertrag notariell beurkundet sei, als nichtig hier nicht beachtet werden könne.

Der oberste Gerichtshof erkannte diese Entgegnung des A als richtig aus folgenden Gründen:

„Bei der Beurtheilung der Frage, ob die Cession einer durch Hypothek auf Liegenschaften versicherten persönlichen Forderung der notariellen Verbriefung in Anwendung des Art. 14 des Notariats-

Digitized by Google

gesetzes unterworfen sei, geht es nicht an, den Inhalt des Rechtsgeschäftes zu trennen, und die Uebertragung des dinglichen Rechtes außer Berücksichtigung zu lassen, weil dieses nur das accessorium der cedirten persönlichen Forderung sei und mit dieser auf den Cessionar ipso jure übergehe, ohne daß es desfalls einer Vertragsbestimmung bedürfe; die Form des Rechtsgeschäftes muß vielmehr nach der Gesammtheit der Rechtswirkungen beurtheilt werden, welche dasselbe hervorbringen soll. Ist nun gleichwohl das dingliche Recht, welches dem Cessionar auf die verhypothezirten Liegenschaften erworben werden soll, das Accessorium der übertragenen persönlichen Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek besteht, und geht dasselbe als solches mit dem Prinzipale schon kraft des Gesetzes auf den Cessionar über, so läßt sich doch nicht behaupten, daß deshalb die Bestimmung des Art. 14 des Not.-Ges. in solchen Fällen nicht Anwendung finden könne; denn will man auch zugeben, daß nicht alle Verträge, welche auf ein dingliches Recht Bezug haben, unter den Art. 14 fallen, so ist letzteres doch zweifellos bezüglich solcher Verträge anzunehmen, welche die Entstehung oder Uebertragung eines dinglichen Rechtes zum Gegenstande haben. Gerade deswegen also, weil das Hypothekrecht Accessorium des Forderungsrechtes ist und als solches mit diesem von selbst auf den Erwerber der Forderung übergeht, ist über den Vertrag, durch welchen dieser Erwerb erfolgt, nach dem mehrgedachten Art. 14 die notarielle Verbriefung zu seiner Giltigkeit erforderlich.

In dem vorliegenden Falle war überdieß die Absicht der Kontrahenten nach dem eigenen Vorbringen derselben unzweifelhaft auf den Erwerb der Hypothek speziell gerichtet und war dem Cessionar bei der Annahme der fremden Forderung vor Allem darum zu thun, daß er für die Realisirung seines

Digitized by Google

Guthabens Sicherheit erhalte. Das in Frage stehende Rechtsgeschäft fällt demnach unzweifelhaft unter den Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Es läßt sich nicht verkennen, daß die zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht geltend gemachten Gründe hohe Beachtung verdienen; sie sind aber nicht stark genug, um den Richter von der strikten Anwendung einer an sich klaren gesetzlichen Vorschrift abzuhalten, zumal da die Quellen des Gesetzes keine Andeutung dafür enthalten, daß es in der Intention des Gesetzgebers gelegen habe, die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte von der Vorschrift des Art. 14 auszuschließen.

Schließlich ist nur noch zu bemerken, daß die beigebrachte Notariatsurkunde, worin der Beklagte einseitig erklärt hat, daß er die Hypothek von 12000 fl. an C cedire, den Anforderungen einer notariellen Verlautbarung nicht entspreche, indem C zur Herstellung dieser Urkunde nicht mitgewirkt hat, ein notarieller Vertragsabschluß somit durch dieselbe nicht erwiesen wird."

OAGE. v. 3. Jan. 1868 RNr. $1032^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Wenn man einmal annimmt, daß die Cessionen von Hypothekforderungen dem Art. 14 unterliegen, so läßt sich, wie eigenthümliche Betrachtungen vorstehende Entscheidung auch veranlassen mag, gegen dieselbe, und namentlich auch dagegen, daß eine, obgleich von einem Notare beurkundete, einseitige Cessionserklärung den Anforderungen des Art. 14 nicht entspreche, eine Erinnerung nicht erheben. Auch folgt es aus dem Begriffe der Nichtigkeit, daß sich, wenn schon der Cedent und der Cessionar an der Cession festhalten, auch ein Dritter, hier der Käufer A, auf die Nichtigkeit berufen könnte.

Aus den Entscheidungsgründen verdient indessen

Digitized by Google

hervorgehoben zu werden, daß auch der auf Uebertragung und Erwerbung der Hypothek gerichteten Absicht der Kontrahenten ein entscheidender Einfluß zugesprochen wurde. Dieses ist als vollkommen richtig anzuerkennen; denn der Umstand, daß die Cession der Forderung den Uebergang der Hypothek bewirkt, kann für sich allein den Uebergang des persönlichen Rechtes unmöglich hindern, indem sonst auch die nicht beurkundete Cession einer Forderung, von deren hypothekarischer Versicherung die Kontrahenten gar keine Kenntniß hatten, ohne Weiteres als nichtig zu bekämpfen wäre, sobald die Hypothek zum Vorscheine kömmt: da aber den Kontrahenten in diesem Falle eine sichtbare Veranlassung zur notariellen Beurkundung schlechterdings nicht vorlag, so wäre, wenn man die Cession der Forderung nun demungeachtet als nichtig erklären wollte, der Art. 14, dessen wohlthätige Wirkungen im Allgemeinen nicht zu verkennen sind, hier doch nichts weiter als ein Fallstrick.

In v. Zink's nachträglichen Erläuterungen zum Not.-Ges. (Gesetzgeb. des Königr. Bayern Th. II Bd. III Beil.-Heft S. 78) wird gelehrt, „daß, wenn in einem Vertrage Abreden über dingliche Rechte an Liegenschaften mit anderen über „bewegliche Güter oder persönliche Rechte untrennbar verbunden sind, in Ermangelung notarieller „Errichtung den ganzen Vertrag die Folge der „Nichtigkeit treffe." Wenn daher, da das Recht zu einer Hypothekforderung aus einem persönlichen und dinglichen Rechte zusammengesetzt ist, je nach der Absicht der Kontrahenten eine Trennung dieser beiden Rechte als zulässig erscheint, so wird die Cession des persönlichen Rechtes wohl aufrecht erhalten werden müssen. Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Kontrahenten verabreden, daß, falls die Hypothek nicht in dem zugesicherten Umfange oder Range, oder

Digitized by Google

wenn sie gar nicht bestünde, die Cession dennoch giltig und die Valuta unverändert bleiben solle.

Auch bei geschenkten Hypothekforderungen wird die Rücksicht auf das Bestehen der Hypothek wohl nur höchst selten von bestimmendem Einflusse auf die Schenkung und deren Annahme sein.

Für die Chikane und Prozeßsucht ist es zwar eine vortreffliche Handhabe, wenn die bei einem Rechtsgeschäfte bei Vermeidung der Nichtigkeit zu beobachtende Form nicht schon aus dessen objektiven Merkmalen erkennbar ist, und in einzelnen Fällen erst noch auf die nicht immer klar hervortretende Absicht der Kontrahenten eingegangen werden muß; diejenigen aber, welche wegen der Hypothek auch die Cession des persönlichen Rechtes als nichtig erkären, werden diesen Uebelstand gleichwohl in den Kauf nehmen müssen.

Wollte man sich begnügen, lediglich die vertragsmäßige Cession der Hypothek als nichtig anzunehmen, und hiedurch jede Gewährschaft des Cedenten für die rechtliche Existenz und den Umfang und Rang der Hypothek zu beseitigen, dabei aber dem Cessionar überlassen, ob er wegen dieser Beseitigung die Cession des Forderungsrechtes rescindiren wolle, so fiele nicht nur jener Uebelstand, sondern auch mancher (schon früher gezeigte) Konflikt mit einzelnen Rechtssätzen hinweg, und dem buchstäblichen Inhalte des Art. 14 wäre dennoch die volle Rechnung getragen.

Rm.

2.

Form der Eheverträge. Statutenkollision.

Bl. f. RA. Bd. XIII S. 237. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 136, Bd. XIX Nr. 108.

J. L. in M., wo das bayer. LR. gilt, hatte mit seiner Braut zu A., wo das bayer. LR. nicht

Digitized by Google

gilt, außergerichtlich einen Ehevertrag abgeschlossen, laut dessen ihm die Braut ein Heirathgut von 10000 fl. eingebracht, und er dasselbe mit 10000 fl. widerlegt hatte.

Nachdem J. L. in Konkurs gerathen war, liquidirte die Ehefrau das Heirathgut nebst der Widerlage; dem Heirathgute wurde jedoch die Dotalqualität abgesprochen und sofort die Widerlage aus der Gant gesetzt.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Wegen des wichtigen Einflusses der Eheverträge auf den Güterstand der Familien und das Rechtsleben derselben im Staate haben einige Gesetzgebungen Spezialbestimmungen bezüglich der Ehepakten getroffen und namentlich gewisse Solennien vorgezeichnet. Wurden nun diese Verträge von den Brautleuten in einem anderen Gesetzgebiete abgeschlossen, so entsteht im Falle der Statutenkollision die Frage, ob sich auf den Rechtssatz: „Locus regit actum" berufen werden könne, was hier mit Recht verneint wurde.

Das von den Vorinstanzen adoptirte Prinzip, welches Seuffert in seinem Kommentare zur bayer. GO. Bd. I S. 310 lit. a und S. 322 lit. b aufstellt, daß die Eheverträge nicht nur in Ansehung des Inhaltes und der Wirkungen, sondern auch in Ansehung der Form nach dem Gesetze des Ortes, an welchem der Ehemann nach Eingehung der Ehe seinen Wohnsitz nimmt, beurtheilt werden, was sich unter Anderem auch in Seuffert's Pandektenrecht §. 17 Note 2 und 7, S. 22 u. 25, dann in fr. 65 de judiciis (5, 1) bestätigt findet, muß im vorliegenden Falle um so gewisser zur Anwendung gebracht werden, als es sich um das bayer. Landrecht von 1756 handelt, unter welchem die gantireri-

Digitized by Google

schen Eheleute seit ihrer Verehelichung im Jahre 1847 unbestritten domiziliren.

Dieses Gesetz spricht sich nämlich mit genügender Klarheit für die ausschließende Anwendung seiner Vorschriften aus, indem es Th. I Kap. VI §. 29 Nr. 4 imperativ statuirt, daß die Ehepakten der Unsiegelmäßigen bei Strafe der Ungiltigkeit obrigkeitlich errichtet werden sollen, dabei auf die ähnlichen Bestimmungen bezüglich der ebenfalls für besonders wichtig erklärten Erbverträge hinweist, hievon die Annahme der Qualität der Illaten als Dotalgüter abhängig macht, und diese Vorschrift im §. 32 Nr. 7 a. a. O. mit der vorsorglichen Anwendung in Verbindung bringt, hiebei auch auf die vorbereitende Regelung der Gewerbs- und gemeinschaftlichen Schuldverhältnisse der Eheleute von Amtswegen geeignet Bedacht zu nehmen.

Der Gesetzgeber läßt hieraus erkennen, daß er im Interesse der Rechtspflege und namentlich der Unsiegelmäßigen, welchen das bayer. Landrecht auch in anderen wichtigen Punkten eine besondere Obsorge widmete, eine Betheiligung der Obrigkeit (in neuerer Zeit des Notariates) für geboten hielt, und die Wirksamkeit des Geschäftes nur bei Einhaltung der vorgezeichneten Form eintreten lassen wollte. Hiezu hatte er auch eine spezielle Veranlassung, da er den Ehefrauen im Falle der Erfüllung seiner formellen Vorschriften besondere Begünstigungen für die in den Ehepakten festgestellten Heirathgüter im Konkurse ꝛc. einräumte.

Zwar pflegt die Einhaltung der speziell vorgezeichneten Form bei persönlichen Rechtsgeschäften, welche in einem anderen Gesetzgebiete abgeschlossen wurden, in der Regel nicht gefordert zu werden; wenn jedoch das Gesetz genügend erkennen läßt, daß eine gewisse Solennität unerläßlich eingehalten sein muß, um die fraglichen Rechtsfolgen zu erzeugen,

Digitized by Google

ſo hat ſelbſt der Auswärtige ſich hienach zu richten, inſoferne er im Gebiete des betreffenden Spezialſtatutes Rechte geltend machen will. Vgl. Windſcheid Pand.-Recht Bd. I §. 35, Glück Pand.-Komm. Bd. I S. 105, Bl. f. RA. Bd. XIII S. 237 ff.

Man kann nicht entgegenhalten, daß das bayer. Landrecht dem Auswärtigen etwas Unmögliches vorſchreibe; denn dieſes Geſetz begnügt ſich mit der Errichtung der Ehepakten bei der Obrigkeit eines der beiden Pazizenten, ohne ſich auf eine Obrigkeit in Bayern zu beſchränken, und beſtärkt damit die Annahme, daß es die obrigkeitliche Zuziehung als unerläßlich anſah, indem es dieſe Sicherheitsmaßregel ſelbſt bei auswärtigen Pazizenten feſthielt, aber denſelben die Beiziehung ihrer Obrigkeit freiſtellte.

Der Auswärtige kann ſich auch mit Grund nicht auf ſeine präſumtive Unwiſſenheit über die betreffende Formalität ſtützen; denn es iſt Sache desjenigen, welcher Rechte in einem fremden Territorium erlangen und ſicherſtellen will, ſich über die dortigen Geſetze zu vergewiſſern, namentlich wenn die Abſicht der Pazizenten, wie hier, ſchon vom Anfange an dahin ging, die Ehe im Rechtsgebiete des bayer. Landrechtes zur Wirkſamkeit zu bringen und dort zu domiziliren.

Bei dieſen Verhältniſſen und nachdem die revidirende Liquidantin ihr Domizil als Ehefrau des Gantirers ſchon gleich Anfangs in M. genommen hat, auch der produzirte Ehevertrag, auf welchen ſich der Dotalanſpruch ſtützt, am 29. Aug. 1847 in A. nur außergerichtlich ohne irgend eine amtliche Betheiligung abgeſchloſſen wurde, haben die Vorinſtanzen den eingedungenen Illaten mit zureichendem Grunde die Eigenſchaft eines wahren Heirathgutes verſagt, und es relevirt dabei nicht, daß die nun-

Digitized by Google

mehrige Gattin des Gantirers zur Zeit der Ehepaktenerrichtung in A. domizilirte, wo das bayer. Landrecht keine Giltigkeit besitzt, und daß sie erst als Ehefrau dem in M. ansässigen Gantirer dahin folgte, was übrigens schon bei dem Ehevertragsabschlusse der Wille der Paziszenten war.

Da aber die Widerlage gemäß bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 14 Nr. 4 das Bestehen eines Heirathgutes voraussetzt, hier aber ein solches nicht besteht, so war die Widerlage aus der Gant zu setzen.

OAGE. v. 17. Jan. 1868 RNr. $1268^{66}/_{67}$.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienstpräsenten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als ein Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen worden war.

So hat der oberste Gerichtshof, wie in einem früher wesentlich gleichgearteten Kompetenzkonflikte (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 26 ff. Nr. CXLI) auch am 30. März d. J. (UB. Nr. 99) erkannt. Das Erkenntniß mit den Entscheidungsgründen ist bereits im Justizministerialblatte vom laufenden Jahre Nr. VIII abgedruckt.

Hiezu eine Beilage.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 9. Mai 1868. 33. Jahrgang. No. 10.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung. — Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden beneficium cedendarum actionum. — Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß. — Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach" abgetragen werden dürfe. — Zum Art. 28 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861. — Devolutiveffekt der Berufung. Provisorien.

Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung.

Außer dem Falle letztwilliger Verfügung kann nach §. 13 des Hypothekengesetzes eine auf Privatwillen beruhende Hypothek nur durch Vertrag begründet werden. Unzweifelhaft fällt dieser Vertrag unter den Begriff der im Art. 14 des Notariatsgesetzes bezeichneten Verträge; dennoch aber läßt sich nicht behaupten, daß er nur durch Beobachtung der in jenem Artikel vorgeschriebenen Form gegen Nichtigkeit zu schützen sei.

Das gemeine Recht fordert für diesen Vertrag keine bestimmte Form; er kann schriftlich oder mündlich und auch durch stillschweigende Willenserklärung eingegangen werden. Das bayerische Recht (GO. Kap. XX §. 9 und LR. Th. II Kap. VI §. 9) verlangt dagegen, daß die Hypothek vom Schuldner schriftlich oder, falls er nicht siegelmäßig ist, vor der ordentlichen Obrigkeit errichtet werde.

Digitized by Google

Das Hypothekgesetz, nach welchem vor Allem zu unterscheiden ist, ob die Eintragung der Hypothek vom Gläubiger oder ob sie vom Schuldner selbst beantragt werde, fordert die Vorlage einer Urkunde nur im ersteren Falle. Ob diese Urkunde eine öffentliche (gerichtliche) oder eine nur überhaupt giltige sei, hängt nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen von den betreffenden Gesetzen ab (Hyp.-Ges. §. 15); es wird aber, wie in der Gerichtsordnung und im Landrechte, so auch im Hyp.-Gesetze keine wirkliche Vertragsurkunde d. i. keine solche Urkunde verlangt, in welcher die beiden Kontrahenten ihre übereinstimmende Willenserklärung abgeben; es genügt vielmehr, wenn die Beurkundung des auf die Einräumung der Hypothek gerichteten Willens des Schuldners (oder des Bürgen) durch diesen einseitig bethätigt ist. Die Merkmale des Vertrages sind ungeachtet dieser Einseitigkeit sicher vorhanden, indem der Gläubiger, welcher die Urkunde zu Handen nimmt und auf den Grund und unter Vorlage derselben die Eintragung der Hypothek verlangt, unzweideutig die Acceptation zu erkennen gibt.

Im anderen Falle, wenn nämlich die Eintragung vom Schuldner selbst verlangt wird (H.-Ges. §. 107), kann die Vorlage einer Urkunde nicht gefordert werden; das Hypothekenprotokoll bildet (Gönner's Komm. Bd. I S. 223) den Ersatz derselben.

Hier scheint es nun allerdings an dem Vertragserfordernisse der Acceptation zu fehlen, an welchem §. 107, indem er nur vom Verfahren handelt, sicher nichts erlassen wollte; das Gesetz geht aber bei Anordnung dieses Verfahrens davon aus, daß sich jeder durch einseitige Erklärungen präjudiziren könne (Gönner Bd. II S. 79), und verordnet nun im wohlverstandenen Interesse der Er-

leichterung des Rechtsverkehres, daß das Hypothekenamt von der Untersuchung, ob die Acceptation des Gläubigers vorhanden sei, Umgang zu nehmen habe. Das Gesetz supponirt also bei diesem Verfahren die Acceptation so lange, als nicht dargethan ist, daß der Vertrag nicht wirklich zu Stande gekommen sei, woher es denn auch kömmt, daß die, obwohl nur auf einseitigen Antrag eingeschriebene Hypothek doch nur nach Vernehmung desjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetragen wurde, gelöscht werden kann.

Von besonderer Wichtigkeit ist noch der §. 16 d. HG., welcher auch eine stillschweigende Einwilligung des Schuldners zur Eintragung der Hypothek zuläßt. Das Gesetz verordnet hier (Gönner Bd. I S. 227) zur Abschneidung von Chikanen, sofort zur Förderung des Realkredits, daß, wenn einmal eine Hypothek mit Wissen und ohne Widerspruch des Schuldners eingetragen ist, dieselbe gegen jede Anfechtung gesichert sein solle. Der Schuldner kann (H.-G. §. 46) dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber die Richtigkeit der Forderung bekämpfen, dagegen ist, wenn diese sich in Richtigkeit verhält, jede Untersuchung, jeder Streit über die rechtliche Existenz des Hypothektitels selbst dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber ausgeschlossen.

Mit diesen Bestimmungen ist Art. 14 des Not.-Ges., wenn der Hypothekvertrag unter dessen Vorschrift fällt, schlechterdings unvereinbar; denn durch eine vom Schuldner einseitig ausgestellte Urkunde wird, wie der oberste Gerichtshof mit vollem Rechte schon wiederholt erkannt hat (s. oben S. 136 ff.), dem Erfordernisse des Art. 14 nicht genügt; dieser verlangt vielmehr bei Vermeidung der Nichtigkeit die notarielle Beurkundung des Vertrages, sohin eine Urkunde, welche unter Zuthun beider Kontrahenten durch ausdrückliche Erklärung ihres übereinstimmenden Willens zu Stande gekommen.

*

ist, so daß also weder eine stillschweigende Einräumung der Hypothek (HG. §. 16) noch eine präsumtive Acceptation des Gläubigers (HG. §. 107) zur rechtsgiltigen Hypothekbestellung genügen könnte.

Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Gesetze entsteht demnach die Frage, ob das Hyp.-Gesetz dem Art. 14 des Not.-Gesetzes oder dieser jenem zu weichen habe?

Die Antwort unterliegt wohl kaum einer Schwierigkeit. Art. 14 ist zwar das jüngere Gesetz und bildet selbst nur eine Ausnahme von der gemeinen Regel, nach welcher die Beurkundung der Verträge zu deren Rechtsgiltigkeit nicht erfordert wird; er bezeichnet aber die unter seine Vorschrift fallenden Verträge nur im Allgemeinen, während die erwähnten Stellen des Hyp.-Gesetzes vom Hypothekvertrage insbesondere handeln und die Bedingnisse der Rechtsgiltigkeit gerade dieses Vertrages feststellen.

Man muß daher denselben den Vorzug vor Art. 14 um so sicherer einräumen, als dieser Artikel keineswegs, wie Manche zu glauben scheinen, die suprema lex ist, vor welcher sich Alles beugen müsse, und als nirgends ein Grund zu der Annahme vorliegt, daß durch Art. 14 des Not.-Ges. die durch §. 16 u. 107 des Hyp.-Ges. beabsichtigte Verkehrserleichterung und Realkreditförderung aus höheren Rücksichten aufgegeben werden wollte.

Eine Einwirkung des Notariatsgesetzes auf den Hypothekvertrag liegt wohl darin, daß statt der im HG. §. 15 geforderten öffentlichen Urkunde eine Notariatsurkunde vorzulegen und daß eine gleiche Urkunde auch im Falle des Hyp.-Ges. §. 107 beizubringen ist, indem nach Not.-Ges. Art. 12 Abs. 2 derlei Erklärungen zum ausschließlichen Wirkungskreise des Notariates gehören; gleichwohl aber kann,

Digitized by Google

wenn sich das Hypothekenamt im Falle des §. 15 d. HG. mit einer anderen Urkunde begnügen oder im Falle des §. 107 d. HG. die Erklärung des Schuldners selbst zu Protokoll nehmen und dann die Eintragung der Hypothek bewirken sollte, diese doch nicht als nichtig betrachtet werden, weil im Art. 12 Abs. 2 des Not.-Ges. ein Fehlgriff bezüglich der daselbst getroffenen Kompetenzausscheidung nicht mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht ist; weil jedenfalls aber, so weit es sich um den Hypothektitel handelt, §. 16 d. HG. die Mittel und Wege bietet, um die nachtheiligen Folgen eines solchen Fehlgriffes völlig zu beseitigen, und weil im Falle des §. 107 d. HG. der von dem freiwillig erschienenen Schuldner ausdrücklich abgegebenen Erklärung doch wenigstens eben so viele Wirkung (Gönner Bd. I S. 231) zuzuerkennen ist, als welche §. 16 dem schweigenden Verhalten des geladenen Schuldners beilegt.

In v. Zink's Kommentar zum Notariatsgesetze (Dollmann, Gesetzgebung ꝛc. Th. II Bd. III S. 432) und den nachträglichen Erläuterungen (Beilagenheft S. 70 ff.) wird behauptet und gegen eine in Stenglein's Zeitschrift Bd. II S. 17 ff. mitgetheilte abweichende Meinung ausführlich zu zeigen gesucht, daß der Hypothekvertrag unter die Vorschrift des Art. 14 d. Not.-Ges. falle; indessen ist die Sache nicht gar so gefährlich gemeint; denn die Ausführung jener Behauptung nimmt ungeachtet der vom Art. 14 geforderten Vertragsverlautbarung, und zwar im Hinblicke auf Art. 12 Abs. 2 des Not.-Ges. (vergl. die Instruktion zum Not.-Ges. §. 74 und das hiezu gegebene Formular eines Schuld- und Hypothekenbriefes) ganz richtig an, daß zur Hypothekbestellung die einseitige Erklärung des Schuldners enthaltende Notariatsurkunde genüge, so wie sie auch die heilende

Digitized by Google

Kraft des §. 16 d. HG. als jetzt noch bestehend ausdrücklich anerkennt.

Wenn aber eine einseitige Erklärung des Schuldners genügt und wenn im §. 16 d. HG. die heilende Kraft gegen die aus dem Mangel notarieller Beurkundung entspringende Nichtigkeit liegt, wie viel bleibt dann vom Art. 14 des Not.-Ges. für den Hypothekvertrag noch übrig?

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden beneficium cedendarum actionum.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 313; Bd. XII Nr. 117; Bd. XVII Nr. 39, 40.

J. v. H. hatte eine Bräuerei an K. verpachtet. Die Aufschlagsbehörden verweigerten dem Pächter die Anborgung der Aufschlagsgefälle, welche den Bräuern für gewisse Zeiten gesetzlich bewilligt ist. Hiedurch wurde der Verpächter v. H. veranlaßt, dem Staatsärare gegenüber für den Aufschlag des Malzes, welches sein Pächter auf seinen Namen polettiren lasse, die Haftung als Selbstschuldner zu übernehmen.

Als aber bald darauf der Pächter dem Konkurse zutrieb, verlangte v. H. vom Fiskus die Uebertragung der Ansprüche desselben gegen K. bezüglich

Digitized by Google

der Aufschlagsbeträge, welche der Verpächter als Bürge für den Pächter an den Fiskus bereits bezahlt hatte. Der Fiskus wurde aber in allen drei Instanzen von der Klage entbunden, von der höchsten aus nachstehenden Gründen:

„Die vorige Instanz hat aus einem, von keiner Seite angeregten und nicht aus dem Rechtsverhältnisse des beneficium cedendarum actionum hergenommenen Grunde die aus diesem beneficium nach Maßgabe des hier entscheidenden gemeinen Rechtes gestützte Klage als völlig unbegründet erachtet, und dieser Grund ist vor Allem zu prüfen. Aus dem Umstande nämlich, daß der Anspruch des Staatsärares auf Entrichtung indirekter Steuern, worunter der Malzaufschlag fällt, im öffentlichen Rechte wurzelt und, sofern es sich lediglich um die Steuerpflicht an und für sich handelt, vor den Gerichten weder verfolgt noch konteſtirt werden kann, folgert das k. Appellationsgericht, daß eine ceſſible Civilklage hier gar nicht vorliege.

Allein dieser Grund kann für die gegenwärtige Sache nicht als entscheidend erkannt werden. Dadurch, daß die Gerichte über den im öffentlichen Rechte wurzelnden Anspruch des Staatsärares zu entscheiden nicht berufen sind, hört derselbe nicht auf, ein an sich rechtlicher Anspruch zu sein, wie schon das demselben eingeräumte Vorzugsrecht im Konkurse zeigt, und derselbe wird dem Verkehre nicht entzogen, so daß der Uebergang desselben auf einen Anderen ausgeschlossen wäre. So tritt z. B. nach gemeinem Rechte — fr. 24 §. 3 de rebus auct. jud. poss. (42, 5) u. fr. 2 de cess. bon. (42, 3) — derjenige, mit dessen Geld ein privilegirter Gläubiger abgefunden wurde, an dessen Stelle in der Reihe der Konkursgläubiger und diese Bestimmung muß auch auf die privilegirten Ansprüche des Fiskus, welche auf öffent-

Digitized by Google

lich rechtlichem Boden wurzeln, Anwendung finden. Zudem handelt es sich hier zunächst um die gesetzliche Cession des dem Staatsärare im Konkurse zustehenden Vorzugsrechtes für den hier fraglichen Anspruch, dessen Geltendmachung vor dem Civilrichter infolge der Bestimmungen der Prioritätsordnung jedenfalls außer Zweifel steht. Dieses Vorzugsrecht ist auch, wie schon bemerkt, an einen an sich rechtlichen Anspruch geknüpft, welcher nur außerhalb des Konkurses vermöge seiner Entstehung aus einer im öffentlichen Rechte wurzelnden Verpflichtung und nur bezüglich dieses seines Verpflichtungsgrundes an sich der Geltendmachung vor dem Civilrichter nicht bedarf. — Hat nun der Kläger die Aufschlagschuld von 2688 fl. vermöge seiner Haftungserklärung als Selbstschuldner an das k. Staatsärar bezahlt und geschah dieses in dem Verhältnisse eines Interzedenten für K. dem k. Staatsärare gegenüber, so muß allerdings nach dem Stande der heutigen gemeinrechtlichen Theorie (Girtanner, Bürgschaft S. 537) angenommen werden, daß der Gläubiger auch noch nach an ihn geleisteter Zahlung verbunden sei, sein Klagerecht an den zahlenden Bürgen abzutreten und selbst dann, wenn ein — im gegenwärtigen Falle von dem Kläger gleichwohl behaupteter — Vorbehalt dieses Verlangens von Seite des Bürgen nicht gemacht wurde [1]). Diese Lehre der neueren Doktrin verdient vor der älteren schon deshalb den Vorzug, weil sie dem materiellen Rechte am meisten entspricht.

[1]) Der gleichen Ansicht folgten die obersten Gerichtshöfe zu Kiel (Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 313) und zu Rostock (a. a. O. Bd. XVII Nr. 40), der entgegengesetzten die zu Stuttgart (a. a. O. Bd. XII Nr. 117) und zu Dresden (a. a. O. Bd. XVII Nr. 39).

Digitized by Google

Allein dessenungeachtet kann in Folge dieser im Gesetze begründeten Verpflichtung des bezahlten Gläubigers zur Abtretung seines Anspruches gegen den Hauptschuldner an den zahlenden Bürgen das hier mit dem Anspruche verbundene Vorzugsrecht im Konkurse des in Gant gerathenen Brauereipächters K. auf den Kläger nicht übergehen. Das zu cedirende Vorzugsrecht des k. Staatsärares beruht hier auf der Eigenschaft des Gläubigers und kömmt erst nach Eintritt des Konkurses zur rechtlichen Geltung. In solchem Falle aber kann das Vorzugsrecht von dem Erwerber des Anspruches, hier von dem Kläger, nicht geltend gemacht werden. Es spricht dies fr. 42 de administr. et peric. tut. (26, 7) klar aus, wo folgender Fall entschieden ist.

Einer von mehreren Mitvormündern wurde wegen einer Pflichtverletzung auf das Ganze dem beschädigten Mündel gegenüber zum Ersatze verurtheilt. Hat nun der verurtheilte Mitvormund nach bekannten gesetzlichen Vorschriften — fr. 1 §. 13, 14, 18 und fr. 21 de tutela (27, 3) — die Abtretung der Klage von Seite des Mündels gegen seine Mitvormünder erwirkt, um sich wegen dessen, was er mehr geleistet, als er nach der Sachlage zu leisten schuldig war, zu regressiren, so steht ihm das dem Mündel zukommende Vorzugsrecht nicht zu: „non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem". S. auch Windscheid, L. d. PR. Bd. II §. 332 Note 10; Vangerow, L. d. PR. (6. Ausg.) Bd. III S. 131 ff. (zu §. 575 Anm. 2 Nr. 2 lit. b).

Zu demselben Resultate gelangte nun auch die erste Instanz, jedoch zunächst unter der Annahme, daß die Zahlungsverpflichtung des Klägers als Selbstschuldner „ohne die mindeste Einrede" auch einen Verzicht auf das benef. cedend. act. enthalte und daß jedenfalls eine Uebereinkunft auf

Digitized by Google

Abtretung des Vorzuges des Anspruches des Staatsärares hätte getroffen werden müssen. Allein diese Gründe würden hier nicht entscheidend sein, was noch schließlich zu erörtern ist. Könnte man nämlich auch bei der Wortfassung der Bürgschaftsurkunde einen Verzicht auf das fragliche beneficium annehmen, wofür es aber nach bekannten Auslegungsregeln und bei der hier klar zu Tage tretenden beschränkten Tendenz des erklärten Verzichtes an jedem Anhaltspunkte fehlt, und könnte auch der Anspruch aus dem beneficium als eine Einrede des Bürgen gegen den Zahlungsanspruch des Gläubigers nach der heutigen obenbezeichneten gemeinrechtlichen Doktrin überhaupt noch aufgefaßt werden, so würde es doch an einem Interesse des Gläubigers, hier des k. Staatsärares, fehlen, sich auf jenen Verzicht zu berufen, nachdem das k. Staatsärar seine Befriedigung einmal erhalten hat. Es könnte daher, auch wenn in der oftbezeichneten Urkunde ein von dem k. Staatsärare acceptirter daher vertragsmäßiger Verzicht des Klägers auf das fragliche beneficium gefunden werden wollte, demselben keine rechtliche Wirkung zukommen, weil das Interesse auf Seite des Berechtigten mangelt, dieses aber in allen obligatorischen Verhältnissen einen wesentlichen Moment bildet. Vgl. Girtanner a. a. O. S. 537 Abs. 3.

Daß es aber einer Uebereinkunft zwischen dem Gläubiger und dem zahlenden Bürgen nicht bedürfe, um dem Letzteren das benef. zu sichern, ist schon oben bemerkt worden, da der Anspruch des Bürgen aus dem benef. auch nach geleisteter Zahlung und ohne daß es auch nur eines Vorbehaltes bedürfte, in dem Gesetze begründet ist."

OAGE. v. 10. Dez. 1867 Reg.-Nr. $1274^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Herausgebers. Beden-

ten erregt diese Entscheidung insoferne, als das durch die Prioritätsordnung §. 12 Nr. 6 bestimmte Vorzugsrecht als auf der Eigenschaft des Gläubigers beruhend und deßwegen unübertragbar angesehen werden will. Wäre die Persönlichkeit des Fiskus der Grund des Vorzugsrechtes, so müßte dasselbe allen Forderungen desselben eingeräumt sein. Dieß ist aber nicht der Fall. Für Forderungen aus Verträgen z. B. hat der Fiskus das Vorzugsrecht nicht, dieses beruht vielmehr schon nach dem Wortlaute des §. 12 Nr. 3 auf der Eigenschaft des Schuldobjektes als Staatsabgabe, als im öffentlichen Rechte wurzelnde Leistung. Zudem theilt der Fiskus das fragliche Vorzugsrecht mit anderen Persönlichkeiten, welche aus dem öffentlichen Rechte entspringende oder ihrem Ursprunge nach dem öffentlichen Rechte verwandte Leistungen zu fordern haben (a. a. O. §. 12 Nr. 7: Gemeindelasten, gutsherrliche Leistungen, Brandversicherungsbeiträge).

Wenn das Vorzugsrecht der Ehefrau des Kridars für die Illaten nach PrO. §. 23 Nr. 3 (Bl. f. RA. Bd. XIX S. 187) und das der Geschwister desselben das. Nr. 4 (Bl. f. RA. Bd. XXVIII S. 30) mit der Forderung übertragbar ist, so wird diese Eigenschaft auch dem hier in Frage stehenden Vorzugsrechte beigelegt werden müssen.

2.

Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß.

Ueber diese bestrittene Frage (Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 139) sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Die Beklagte, welche zur Zeit, als die in der Klage aufgeführten Darlehen entstanden sein sollen, noch in väterlicher Gewalt sich befand, jedoch, wie unbestritten ist, ein dem Genusse und der Verwaltung ihres Vaters entzogenes, von ihrer Großmutter ererbtes Sondergut von über 20,000 fl. besaß, beschwert sich, daß wegen des letzteren Umstandes der von ihr der Klage betreffs der Rückzahlung der erwähnten Darlehen auf Grund des SC. Maced. entgegengesetzten Einrede keine Folge gegeben wurde; indem sie geltend zu machen sucht, daß diese Einrede nur einem peculium castrense oder quasi castrense, nicht aber auch einem peculium adventitium irregulare gegenüber wirkungslos erscheine, weil die einschlägigen Gesetzesstellen: fr. 1 §. 3 und fr. 2 de SC. Maced. (14, 6) blos von dem peculium castrense sprächen, und die letztere Stelle bemerke, daß Haussöhne hinsichtlich dieses Sondergutes als Hausväter zu gelten hätten, — was bezüglich des pecul. advent. irregul. nach pr. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. (2, 12) nicht der Fall sei.

Allein wenn auch nach dem hier anwendbaren gemeinen Rechte einem Hauskinde bezüglich des pec. adv. irregul. insoferne nicht die volle Selbständigkeit eines pater familias zukommt, als ihm die Fähigkeit mangelt, über ein derartiges Sondergut eine letztwillige Verfügung zu treffen, so steht demselben doch nach der Nov. 117 Cap. 1 §. 1 das Recht, über ein solches Sondergut unter Lebenden nach freiem Ermessen zu verfügen, und damit die Fähigkeit zu, sich durch Verträge hinsichtlich desselben dritten Personen rechtswirksam zu verpflichten, so daß es in dieser Beziehung einem pater familias gleichgestellt erscheint. In dem von der väterlichen Gewalt gänzlich unabhängigen Verfügungsrechte liegt aber der Grund, warum ein

Hauskind, welches zur Zeit der Entstehung des Darlehens sich im Besitze eines castrensischen Pekuliums befunden hat, auf das SC. Maced. sich nicht berufen darf, weil ein Sondergut, welches das Kind zum vollen Rechte besitzt, auch wegen der Schulden des Letzteren jederzeit angegriffen werden kann, und der Gläubiger daher nicht erst im Sinne des SC. Maced. — fr. 1 pr. (14, 6): „bonum nomen expectata patris morte fieri“ — den Tod des Vaters zu erwarten hat, um zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Es ist deshalb allerdings die in den erstererwähnten Gesetzesstellen dem pecul. castr. zugestandene Wirkung nicht blos, wie Revidentin zugibt, dem pecul. quasi castrense, sondern auch dem in eben erwähnter Beziehung dem peculium militare gleichstehenden pec. advent. irregulare beizulegen, wie dies in Uebereinstimmung mit der Ansicht bewährter Lehrer des gemeinen Rechtes auch im bayer. Landr. anerkannt ist. Glück, Pand.-Komm. Bd. XIV. S. 349; Thibaut, Syst. des PR. §. 270; Vangerow, Pand. §. 245 lit. a; Sintenis, Civ.-Recht §. 108 Ziff. 6 (Band II S. 515); Bayer. LR. Th. I Kap. V §. 6, Th. IV Kap. II §. 4 Nr. 4 und Anm. hiezu Nr. 11 lit. d.

OAGE. v. 28. Dez. 1867 RNr. $1176^{66}/_{67}$.
77.

3.

Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach“ abgetragen werden dürfe.

Vgl. Bd. XXV S. 112.

F. hatte dem M. ein nach vierteljähriger Kündigung heimzahlbares Darlehen gegeben und später

Digitized by Google

seine Forderung an B. cedirt. Als dieser den M. nach erfolgter Kündigung auf Rückzahlung verklagte, wandte M. ein, er sei bald nach dem Empfange des Darlehens und noch vor der Cession an B. mit F. übereingekommen, daß er, M., berechtigt sei, das Darlehen „nach und nach" zurückzuzahlen.

Bei Würdigung dieser Einrede sprach der oberste Gerichtshof aus:

„Die Behauptung des M. über seine Uebereinkunft mit F. kann nicht so aufgefaßt werden, als sei es lediglich in des Schuldners Willkür gestellt gewesen, wann und in welchen Raten er Zahlung leisten solle. Der Sinn der behaupteten Uebereinkunft kann vielmehr nur der gewesen sein, daß der Schuldner billige Fristen zur Heimzahlung des fraglichen Darlehens erhalten solle; es ist daher die Bestimmung der Fristen auf das billige Ermessen gestellt, in welchem Falle die endliche Entscheidung in die Hände des Richters gelegt ist. Windscheid, PR. §. 254 Note 5; Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 233 [1]); Entw. eines gem. deutsch. Obligat.-R. v. 1865 Art. 262 Abs. 1.

Demnach ist es aber Aufgabe des Beklagten, welcher sich auf den Abschluß eines Vertrages beruft, durch welchen die Heimzahlung des Kapitales, abgehend von der anfänglichen Stipulation, in der angeführten Weise zu Gunsten des Schuldners mit dem Gläubiger bestimmt worden sein soll, die Fristen zu bezeichnen, in welchen er das von dem Gläubiger eingeforderte Kapital heimzuzahlen bereit sei. Auf eine Bereitschaftserklärung dieser Art müßte sodann die Aeußerung des Klä-

[1]) Vgl. auch Archiv Bd. XX Nr. 111.

gers, gegen welchen als Cessionar allerdings jene Zahlungsübereinkunft mit dem ursprünglichen Gläubiger wirkt, erholt und hienach der Richter mittelst einer hiedurch bewirkten näheren Darlegung der Verhältnisse des Schuldners in den Stand gesetzt werden, die Zahlungsfristen endgiltig zu bestimmen.

Der Beklagte hat aber, ohne frühere infolge des behaupteten Uebereinkommens geleistete Fristenzahlungen behaupten zu können, auch gänzlich unterlassen, sich für die Folgezeit zu Fristenzahlungen bereit zu erklären und hiebei seine Verhältnisse darzulegen, welche für den Richter bestimmend sein könnten, eine Entscheidung über die vom Schuldner einzuhaltenden Fristenzahlungen zu geben. Demnach ist hier der Richter gegenüber der Vernehmlassungsbitte des Beklagten, die Klage abzuweisen, welche gleichwohl auch den nicht so weit gehenden Anspruch auf richterliche Festsetzung billiger Fristenzahlungen in sich faßt, selbst auf den Fall des Nachweises der behaupteten Zahlungsmodalität von Seiten des Beklagten nicht in die Lage versetzt, ein Endurtheil im Sinne jener behaupteten Zahlungsübereinkunft zu erlassen, nämlich billige Zahlungsfristen für den Beklagten zu bestimmen.

Es war daher das diese Einrede nicht berücksichtigende Erkenntniß der Vorinstanz zu bestätigen.

OAGE. v. 28. Jan. 1868 RNr. 36.

77.

4.

Zum Art. 28 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861.

Die zwischen Bezirksgerichten und den am Sitze derselben befindlichen Stadt- oder Landgerichten schon öfter streitig gewordene Frage, ob auch diesen, oder

Digitized by Google

nur den auswärtigen Einzelrichterämtern einzelne Handlungen in anhängigen Civilprozeſſen aufgetragen werden können, — wurde jüngſt bis zum oberſten Gerichtshofe gebracht, welcher aber die vom beſchwerdeführenden Landrichter aus Abſ. 2 des Art. 28 hergenommene beſchränkende Auslegung des Abſ. 1 dieſes Artikels verwarf und dabei noch ausſprach, das im Art. 39 begründete Unterordnungsverhältniß ſchließe, ſofern ſich der ertheilte Auftrag innerhalb der im Art. 28 den Bezirksgerichten eingeräumten Befugniß bewegt, die Zuläſſigkeit einer Weigerung ſowie einer Beanſtandung des Auftrages bezüglich ſeiner Zweckmäßigkeit von Seite des untergeordneten Gerichtes aus.

OAGErk. v. 7. Jan. 1868 RNr. $1425^{66}/_{67}$.
77.

5.

Devolutiveffekt der Berufung. Proviſorien.

Seuffert's Komm. ü. d. GO. Ausg. II Bd. IV S. 121 lit. e u. Note 23; Bl. f. RA. Bd. XXVIII S. 224.

Die Regel, daß die Berufung in der Hauptſache dem Unterrichter auch in Inzidentpunkten, insbeſondere bezüglich der Befugniß zur Erlaſſung von Proviſorien, die Hände binde, erleidet eine durch die Natur der Sache gebotene und in der Anm. z. GO. Kap. XV §. 9 lit. b. a. E. anerkannte Ausnahme im Falle beſonderer Dringlichkeit der beantragten proviſoriſchen Maßregel (wenn auf dem mit der Angehung des Oberrichters verbundenen Verzuge eine Gefahr der Vereitelung des Zweckes der Maßregel verbunden iſt).

OAGErk. v. 3. Dez. 1867 RNr. $1258^{66}/_{67}$.
77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 23. Mai 1868. 33. Jahrgang. № 11.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte. — Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalkonkurses gegen denselben das Gericht des Wohnsitzes zuständig. — Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, in welchem er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, so ist zur Durchführung der deshalb eingeleiteten Untersuchung wegen Vergehens des Jagdfrevels dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke das fremde Jagdgebiet, in welches hinübergeschossen wurde, gelegen ist. — Ueber den Begriff der Versorgung im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805. — Begriff der Diffamation.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte.

Salomon L. behauptete in einer am 10. Aug. 1867 bei dem Stadtgerichte Aschaffenburg eingereichten Klage, daß er einen am 1. Jan. 1867 fällig gewesenen und auf Sebastian B. von U. als Schuldner lautenden Solawechsel zu 410 fl. an Gerson O. unter Vereinbarung der Bezahlung der Valuta zu 410 fl. in den nächsten Tagen durch Giro übertragen habe und daß Gerson O. nach hieran bezahlten 330 fl. noch mit einem Betrage von 80 fl. im Rückstande sei, deren Zahlung er verlange.

Digitized by Google

Der Beklagte opponirte der Klage die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes, indem für die vorwürfige Klage das Handelsgericht zuständig sei.

Das Stadtgericht Aschaffenburg erachtete diese Einrede für begründet und wies durch Erkenntniß vom 15. Okt. 1867 die Klage unter Verurtheilung des Klägers in sämmtliche Kosten wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes ab. Auf Berufung des Klägers wurde dieses Erkenntniß unterm 23. Dez. 1867 vom k. Bezirksgerichte Aschaffenburg bestätigt.

Dieselbe Klage wurde nun von Salomon L. bei dem k. Handelsgerichte Aschaffenburg eingereicht und hier auch zur Verhandlung gezogen, dieselbe jedoch unterm 3. Febr. 1868 auch von diesem Gerichte abgewiesen.

Der klägerische Anwalt regte hierauf den Kompetenzkonflikt an, welcher nach erfolgter Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

daß in der Sache das k. Stadtgericht Aschaffenburg kompetent sei.

Die Gründe dazu enthalten Folgendes:

Kläger leitet seine Ansprüche gegen den Beklagten nicht aus dem in der Klage erwähnten Wechsel selbst, sondern nur aus dessen Begebung her, welche eine Wechselverbindlichkeit des Beklagten ihm gegenüber nicht erzeugte. Da es sich sohin im vorliegenden Falle weder um das Recht aus einem Wechsel noch um einen Rechtsanspruch handelt, welcher mit dem aus dem Formalakte der Wechselausstellung entspringenden Rechtsverhältnisse konnex ist, — vgl. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. XII S. 3 — so kann die Bestimmung

des Art. 67 des Einf.-Ges. z. allg. d. HGB., welcher die Zuständigkeit der Handelsgerichte auf alle Wechselsachen ausdehnt, auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gebracht werden.

Da nun ferner die Akten keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme bieten, daß der Beklagte ein Handelsgeschäft betreibt und den fraglichen Wechsel im Betriebe seines Handelsgeschäftes von dem Kläger erworben habe, sohin die Sache im Hinblicke auf Art. 271—277 des HGB. u. Art. 64 Abs. 1 des Einf.-Ges. auch nicht als Handelssache qualifizirt werden kann, so hat das Handelsgericht Aschaffenburg mit Recht dieselbe von sich weggewiesen, und erscheint die Zuständigkeit des Stadtgerichtes Aschaffenburg als gegeben, weshalb wie geschehen zu erkennen war.

Erk. d. OGH. v. 20. April 1868, UB. Nr. 82.

2.

Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalkonkurses gegen denselben das Gericht des Wohnsitzes zuständig.

Die in Nürnberg bestehende Aktiengesellschaft Fabrik Fr. ist schon im Monate Dezember 1865 in Liquidation getreten, und bestellte die Advokaten J. und M., dann den Kaufmann Z., sämmtlich zu Nürnberg, als Liquidatoren. Diese reichten am 8. August 1867 bei dem Bezirksgerichte in Nürnberg die Anzeige ein, daß der zwangsweise Verkauf des Immobiliarvermögens der Gesellschaft einen so geringen Erlös herbeiführte, daß nicht einmal die erste Hypothek gedeckt werden konnte, und

*

jetzt nur mehr an Waaren ein Vermögen von 17500 fl. vorhanden sei, dem 42000 fl. Passiven gegenüberstehen, und beantragten deßhalb, über das Gesellschaftsvermögen den Universalkonkurs zu beschließen und die Ediktalien auszuschreiben.

Das Bezirksgericht Nürnberg wies diesen Antrag von da zurück, weil zwar die Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung unter der Jurisdiktion von Nürnberg gestanden ist, aber nach der GO. Kap. XIX §. 2 der Konkurs bei der Obrigkeit vorgenommen werden soll, wo der Schuldner den mehreren Theil seiner (liegenden) Güter hat.

Das von dem Landgerichte Kirchenlamitz versteigerte Immobiliarvermögen der Gesellschaft, welche auch das dort noch vorhandene Waarenlager besitze, sei zwar dem Käufer P. von Nürnberg am 26. Juni 1867 zugeschlagen worden gegen die Verbindlichkeit, den Kaufschilling binnen 3 Monaten zu bezahlen; aber die Zuschreibung des Kaufsobjektes sei erst von der Erlage des Kaufschillings abhängig gemacht, und stelle sich daher dieses (außer dem Sprengel des Bezirksgerichtes Nürnberg liegende) Immobiliarvermögen noch immer als Eigenthum der Gesellschaft dar; auch könne bei nicht erfolgender Kaufschillingsberichtigung eine nochmalige Versteigerung desselben angeordnet werden.

Die Liquidatoren wendeten sich hierauf mit demselben Antrage an das k. Bezirksgericht Hof, wohin das Landgericht Kirchenlamitz gehört; aber auch dieses Gericht lehnte seine Zuständigkeit zur Bescheidung dieses Antrages ab, weil das Immobiliarvermögen der Aktiengesellschaft dem Kaufmanne P. rechtskräftig zugeschlagen worden, und dieser mit dem Tage der Rechtskraft in den Besitz und Genuß der erkauften Realitäten getreten sei, der bei den Strichsbedingungen gemachte Eigenthums-

Digitized by Google

vorbehalt aber nicht als Suspensiv-, sondern nur als Resolutiv-Bedingung, die den Eigenthumsübergang nicht hindere, aufgefaßt werden könne.

Advokat M. regte hierauf Namens der Aktiengesellschaft den bestehenden verneinenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach erfolgter Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß zur Verfügung über den von der Fabrikgesellschaft Fr. gestellten Antrag auf Eröffnung der Gant das k. Bezirksgericht Nürnberg zuständig sei.

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Die in dem Gesellschaftsregister des k. Handelsgerichtes Nürnberg eingetragene Aktiengesellschaft hat an ihrem Sitze im Bezirke des genannten Gerichtes gemäß Art. 213 Abs. 2 des allg. d. HGB. ihren ordentlichen Gerichtsstand, welcher auch nach ihrer Auflösung während der Zeit der Liquidation nach Art. 144 Abs. 2 dieses Gesetzbuches aufrecht erhalten worden ist.

Für den Fall des Eintrittes der allgemeinen Gant geht jedoch diese handelsgerichtliche Zuständigkeit an das gewöhnliche Civilgericht und zwar in der Regel desselben Bezirkes über, da der GO. Kap. XIX §. 2 Ziff. 1 zufolge auch der Universalkonkurs bei derjenigen Obrigkeit im Allgemeinen vorgenommen werden soll, worunter der Schuldner für seine Person selbst steht, bei Gesellschaften daher am Sitze derselben. Nur wenn unzweifelhaft der größere Theil des Grundvermögens des Gemeinschuldners in einem auswärtigen Bezirke liegt, tritt ausnahmsweise der gewöhnliche Civilgerichtsstand des Ortes der gelegenen Sache in diese Zuständigkeit ein.

Das Bezirksgericht Nürnberg hat laut seines Beschlusses vom 3. Sept. 1867 aus den vorliegenden Akten entnommen, daß zwar sämmtliche im

Digitized by Google

Bezirke des Landgerichtes Kirchenlamitz gelegenen Immobilien dieser Gesellschaft veräußert und dem Kaufmanne P. in Nürnberg um das Meistgebot von 14700 fl. gerichtlich zugeschlagen worden sind; dasselbe schließt aber daraus, daß der Kaufschilling erst in drei Monaten vom 2. Juli 1867 an zahlbar war, und die Zuschreibung vor dem Hypothekenamte von der Erlage des Kaufschillinges abhängig gemacht worden ist, es gehörten diese Immobilien noch immer der Gesellschaft als Eigenthum an, und es könne auch bei nicht erfolgender Zahlung des Kaufschillinges die nochmalige Versteigerung der Besitzungen angeordnet werden.

Allein vermöge Zuschlagsdekretes des Landgerichtes Kirchenlamitz vom 26. Juni 1867 ist dem Kaufmanne P. das gesammte Grundvermögen dieser Gesellschaft nebst allen Einrichtungen um obigen Kaufpreis mit dem Anhange zugeschlagen worden, daß dasselbe mit sämmtlichen Rechten und Lasten vom Tage der Rechtskraft des Zuschlages an auf den Käufer übergeht, jedoch unter dem Vorbehalte des Eigenthumsrechtes bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Erfolgt diese Zahlung innerhalb eines Vierteljahres nicht, so werden die ersteigerten Realitäten unter Haftung des Käufers für den Mindererlös wiederholt verstrichen, und bleibt die Zuschreibung im Hypothekenbuche bis zu dieser Zahlung ausgesetzt.

Hienach ist nicht blos ein vollkommen perfektes Verkaufsgeschäft durch Versteigerung an den Meistbietenden gegeben, sondern auch der Verkaufsgegenstand dem Käufer zum Eigenthume übertragen worden, da nach Rechtskraft dieses Dekretes das ganze Grundvermögen als auf den Käufer übergegangen erachtet, und dabei ausdrücklich vorgesehen wurde, daß dem Erwerber mit diesem Vermögen auch die dazu gehörigen Einrichtungsgegenstände in Bausch

Digitized by Google

und Bogen ohne besondere Uebergabe eigenthümlich zufielen.

Diesem Eigenthumsübergange auf den Käufer, dem noch für eine Zeit von drei Monaten der Kaufschilling kreditirt worden ist, vermochten die Modalitäten, unter denen der Zuschlag erfolgt ist, nicht hemmend entgegenzutreten. Denn die Unterlassung der hypothekenamtlichen Zuschreibung dieses Verkaufsgegenstandes auf den Käufer zeigt für die Dauer dieses Zustandes nur einen Mangel der gerichtlichen Konstatirung dieses rechtlich eingetretenen Eigenthumsüberganges in dem öffentlichen Hypothekenbuche, konnte aber weder auf die Perfektion dieses Kaufsgeschäftes noch auch auf diesen erfolgten Eigenthumsübergang irgend einen hindernden Einfluß üben.

Der Vorbehalt des Eigenthumsrechtes bis zur vollen Zahlung des Kaufschillinges würde selbst im Falle seines Eintrages in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches nach §. 5 des Hypothekengesetzes nur die Folge zu äußern vermögen, daß der Erwerber des betreffenden Objektes ohne Zustimmung des Verkäufers keine auf Privatwillen beruhende Hypothek hierauf eintragen lassen könnte; und bei einer Einschreibung dieses Vorbehaltes in der dritten Rubrik würde nach §. 15 und 137 des Hyp.-Ges. nur eine Hypothek für den Veräußerer zur Sicherung des rückständigen Kaufschillinges erzielt.

Zahlte indeß der Erwerber im Verlaufe der bedungenen Frist den kreditirten Kaufschilling nicht ordnungsmäßig, so konnte allerdings dem vorgesetzten Rechtsnachtheile zufolge das ganze Grundvermögen auf Wag und Gefahr des bisherigen Käufers wieder versteigert werden. Hierin läge aber die Auflösung eines bereits perfekten Kaufsgeschäftes mit der Wirkung des Rückfalles des auf den Käufer inzwischen zugleich übergangenen Eigenthumes an dem

Digitized by Google

erworbenen Grundvermögen an den Veräußerer und keineswegs von vorneherein schon ein Hinderniß zum Erwerbe des Eigenthumes auf Seite des Käufers; mit anderen Worten, die gesetzte Bedingung war nicht eine die volle Wirkung des abgeschlossenen Kaufes aufschiebende, sondern eine das vollendete und vollkommen rechtsbeständige Kaufsgeschäft wieder auflösende.

Zur Zeit des obigen Antrages auf Einleitung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft konnte von dem Eintritte dieser Resolutivbedingung noch durchaus keine Rede sein, und stand auch das Eigenthum des Käufers an dem ganzen erworbenen Grundvermögen der Aktiengesellschaft sammt allen Zugehörungen damals, wie gezeigt, nach jeder Richtung hin unangefochten fest; es lag daher auch für das Bezirksgericht Nürnberg, woselbst die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat, kein Grund vor, auf die in der Gerichtsordnung ausnahmsweise bestimmte Zuständigkeit des Ortes der gelegenen Sache des Gantschuldners zurückzugreifen und damit die ihm außerdem zukommende Kompetenz dem Bezirksgerichte Hof, in dessen Sprengel diese Immobilien liegen, zuzuweisen.

An dieser Sachlage hat sich übrigens seit dem erfolgten Zuschlage auch bis jetzt nicht nur nichts auf eine Aenderung dieses rechtlichen Zustandes Deutendes ergeben, sondern es sind vielmehr auch, da inzwischen der ganze Kaufschilling und zwar rechtzeitig bezahlt worden ist, alle Modalitäten beseitigt, unter denen der Zuschlag des schuldnerischen Grundvermögens an den Käufer erfolgt war.

Hienach war, wie geschehen, zu erkennen.

Erk. d. OGH. v. 25. April 1868, UB. Nr. 85.

Digitized by Google

3.

Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, in welchem er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, so ist zur Durchführung der deshalb eingeleiteten Untersuchung wegen Vergehens des Jagdfrevels dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke das fremde Jagdgebiet, in welches hinübergeschossen wurde, gelegen ist.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Weiden leitete eine strafrechtliche Untersuchung wegen Vergehens des Jagdfrevels ein, weil derselbe als angezeigt erachtete, daß der gräflich von H.'sche Forstgehilfe M. B. ungefähr im Mai 1867 von dem im Gebiete des Landgerichtes Kemnath gelegenen Jagdbezirke seines Dienstherrn aus über die Jagd- und Kreisgränze hinüber auf das Gebiet des Landgerichtes Wunsiedel nach einem Rehe geschossen und sich hiebei in Gesellschaft einer zweiten Person befunden habe, ferner daß derselbe Forstgehilfe einige Zeit später in Begleitung einer zweiten mit einer Flinte versehenen Person an der Gränze vom Gebiete seines Dienstherrn aus in der Richtung auf die im Bezirke des Landgerichtes Wunsiedel gelegenen Felder einen Schuß abgefeuert habe.

Nachdem der Untersuchungsrichter des k. Bezirksgerichtes Weiden eine Reihe von Erhebungen gepflogen hatte, fand derselbe sich veranlaßt, die Sache an den Untersuchungsrichter des k. Bezirksgerichtes Hof als zu dessen Zuständigkeit gehörig abzugeben, welch' letzterer jedoch gleichfalls seine Zuständigkeit ablehnte.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

Digitized by Google

In Erwägung,

daß von Verübung eines Jagdfrevels von Seite des Forstgehilfen B. überhaupt nur die Rede sein kann, wenn derselbe mit Nichtbeachtung der zugleich die Kreisgränze bildenden Jagdgränze seines Dienstherrn in dem im Gebiete des Landgerichtes Wunsiedel gelegenen fremden Jagdbezirke Wild erlegte oder zu erlegen versuchte;

daß hienach die dem M. B. zur Last gelegten Reate im Gebiete des Landgerichtes Wunsiedel und nicht in jenem des Landgerichtes Kemnath verübt erscheinen, und hienach gemäß Art. 22 Th. II des StGB. von 1813 die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am k. Bezirksgerichte Hof und nicht die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am k. Bezirksgerichte Weiden als gegeben erachtet werden kann;

daß der Umstand, daß im Laufe der Untersuchung sich ergab, daß die bei dem ersten Vorgange in Gesellschaft des B. gesehene Person mit einem Jagdgewehre nicht versehen gewesen sei, so wie der weitere Umstand, daß bezüglich des zweiten Vorganges ein Ziel, auf welches der Schuß abgefeuert wurde, nicht ermittelt worden ist, an dieser Zuständigkeit nichts zu ändern vermag, da, nachdem wegen zweier Vergehen bereits Untersuchung eingeleitet ist, diese Untersuchung nur durch einen von dem betreffenden Bezirksgerichte gemäß Art. 49 des StPG. vom 10. Nov. 1858 zu erlassenden Beschluß zu Ende gebracht werden kann;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Durchführung der Untersuchung gegen M. B. wegen Jagdfrevels der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Hof zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 2. Mai 1868, UB. Nr. 100.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber den Begriff der Versorgung im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805.

Vgl. Bd. V S. 204, 209; Bd. VIII S. 241; Bd. XXIV S. 397.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Die allerhöchste Verordnung vom 1. Januar 1805 über die Verhältnisse der Staatsdiener bezeichnet nirgends bestimmt, was unter Versorgung zu verstehen ist, und es kann daher der im Art. XXIV §. 8 und 9 enthaltene Begriff der Versorgung nur der im gewöhnlichen Leben gebräuchliche sein. Es kann somit darunter im Allgemeinen nur die Lage desjenigen verstanden werden, welcher in den Stand gesetzt ist, durch eigene Thätigkeit sich den Lebensunterhalt sicher und nachhaltig zu verschaffen, und kann somit unter Versorgung der Söhne nicht blos der Eintritt in den definitiven Staatsdienst verstanden, sondern es muß überhaupt jeder als versorgt betrachtet werden, welcher sich in der Lage befindet, die zum Lebensunterhalte erforderlichen Subsistenzmittel fortdauernd und nachhaltig beziehen zu können, und muß in Beurtheilung der Bedingungen dieser Lage lediglich das richterliche Ermessen eintreten.

Prüft man nun, ob der Kläger als Billetenexpeditor beziehungsweise als Bahnexpeditor als versorgt im Sinne des Art. XXIV zu erachten sei, so muß diese Frage unzweifelhaft bejaht werden.

Ein Bahnexpeditor ist keineswegs, wie Kläger behaupten will, einem Funktionär, wie die Staatsanwaltschafts-Vertreter, welche täglich ihrer Funktion enthoben werden können, gleichzuachten, sondern er ist ein wirklicher Beamter des Staates.

Digitized by Google

Die allerhöchste Verordnung vom 3. Okt. 1857 über die Gehalts- und Dienstes-Verhältnisse des Personales der k. Verkehrsanstalten gibt zu entnehmen, daß die Bahnexpeditoren zwar keine pragmatischen Rechte genießen, allein einen jährlichen Gehalt von 500 fl. beziehen und in eine höhere Besoldungsklasse von 600 fl. vorrücken, daß sie im Falle eintretender Funktionsunfähigkeit gemäß Art. III Pensionen erhalten und auch deren Reliften nach der Pensionspragmatik vom 1. Januar 1805 Pensionen zu beziehen haben, und ihnen überdieß im Falle des Verunglückens im Dienste und der dadurch herbeigeführten Diensteslunfähigkeit nach Art. V gleich allen Bediensteten ohne Unterschied eine Pension von wenigstens sieben Zehentheilen des Hauptgeldgehaltes zugesichert ist.

Diesem nach begleitet ein Bahnamtsexpeditor ein öffentliches Amt und genießt einen sicheren und nachhaltigen Gehalt, so lange er den Anforderungen seines Amtes durch pflichttreue und gewissenhafte Beobachtung der ihm obliegenden Verpflichtung entspricht, und nicht etwa durch pflichtwidriges Benehmen und somit durch eigenes Verschulden die Entfernung vom Amte bewirkt.

Bei diesen Umständen und Verhältnissen kann es sich demnach nur weiter darum fragen, ob der sichere und nachhaltige Gehalt, wie ihn der Kläger zugestandenermaßen mit jährlich 525 fl. dermalen bezieht, im Sinne des Gesetzes als ein solcher zu betrachten ist, daß angenommen werden kann, Kläger sei als versorgt zu betrachten.

Allein auch dieser Annahme steht ein gegründeter Zweifel nicht zur Seite, denn wenn auch nicht zu verkennen ist, daß bei den gegenwärtig gesteigerten Preisen aller Lebensbedürfnisse ein Gehalt von 525 fl. nicht zureichend sein dürfte, einen Familienstand zu errichten, so muß der Gehalt, wel-

Digitized by Google

chen der Kläger gegenwärtig mit 525 fl. bezieht, doch immerhin für einen ledigen Mann zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse als ausreichend erachtet werden . . . . .

Die Behauptung, daß eine Versorgung im Sinne des Gesetzes durch eine Anstellung als Bahnexpeditor aus dem Grunde nicht gegeben sei, weil der Kläger durch Verfügung der Administrativbehörde jederzeit von seinem Posten entlassen werden könne, widerlegt sich dadurch, daß bei einer lediglich aus administrativen Gründen ohne Verschulden des Klägers erfolgten Entlassung dessen Pensionsbezug wider aufleben würde."

Dabei wurden die Kosten wegen Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage [1]) kompensirt.

OAGE. v. 7. Febr. 1868 Reg.-Nr. $1417^{66}/_{67}$.

77.

2.

Begriff der Diffamation.

In diesem Betreffe entnimmt sich aus den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses Folgendes:

Wie aus dem von den klagenden Schulgemeinden selbst vorgelegten Beschlusse des Bezirksamtes E. vom 16. Aug. 1864 hervorgeht, bestand, als sich im Jahre 1862 der Fall eines Neubaues bei dem Schul- und Meßnerhause zu U. ergab, kein Streit zwischen den bei diesem Neubau interessirten Personen; vielmehr hatte am 22. Juli genannten Jahres die Kirchenverwaltung als Vertreterin der Kapellenstiftung und am 31. dess. M. die Schulverwaltung daselbst beschlossen, daß die Kapellenstiftung

[1]) Zweifelhaft scheint sie dem Herausgeber besonders in so ferne, als eine Einkommensgröße zur Versorgung genügend erachtet wurde, welche den Bezugsberechtigten zum Cölibat verdammt.

Digitized by Google

die erforderlichen Baukosten (Baarauslagen) zum Neubau übernehmen, dagegen die Gemeinde des Schulsprengels die Hand- und Spanndienste dabei unentgeltlich leisten sollte, und hatte das genannte Bezirksamt diesem Uebereinkommen am 16. Aug. 1864 seine Genehmigung ertheilt. — Der fragliche Neubau wurde nur deshalb nicht nach obigem Uebereinkommen ausgeführt, weil die k. Kreisregierung, welcher der betreffende Kuratelbeschluß des Bezirksamtes E. zur Oberkuratelgenehmigung vorgelegt worden war, den modus der Vertheilung der Baulast nicht billigte, sondern die Gesammtbaukosten hälftig unter die Kapellenstiftung und die Schulgemeinde vertheilt wissen wollte. Indem die k. Regierung diesen ihren Willen in der Entschließung vom 4. Sept. 1864 aussprach und als Norm für die in Frage stehende Bauführung aufstellte, hat sie nicht im einseitigen Interesse der Kapellenstiftung, nicht lediglich als Oberkuratelbehörde der letzteren, sondern in Erwägung der beiderseitigen Verhältnisse als gemeinschaftliche Oberkuratelbehörde und als Staatspolizeibehörde gehandelt.

Ihre Ermächtigung hiezu lag in der Bestimmung des §. 50 der allerh. Verordn. v. 17. Dez. 1825, die Kompetenz der Kreisregierungen betr., woselbst den Kreisregierungen in II. Instanz die Entscheidung der Anstände wegen der Schulgebäude und ihrer Baulast zugewiesen ist, soferne diese Baulast nicht auf Privatrechtstiteln beruht.

Daß in einem solchen Falle die k. Kreisregierung nicht als Kuratelbehörde im privatrechtlichen Interesse handelt, sondern als Staatspolizeibehörde nach staatsrechtlichen Normen, hat der oberste Gerichtshof unterm 24. Juli 1854 in einem Kompetenzkonfliktsfalle ausdrücklich anerkannt, gleichfalls unter Hinweisung auf obigen §. 50 der Verordnung v. 17. Dez. 1825. Vgl. Reg.-Bl. 1854 S. 621, 635.

Digitized by Google

Es kann deshalb im vorliegenden Falle in dem Regierungsbeschlusse vom 4. Sept. 1865 keine kuratelamtliche Behauptung eines Privatrechtes für die Kapellenstiftung gegenüber der Schulgemeinde U., somit keine in's Bereich des Civilrechtes gehörige, vor den Civilgerichten verfolgbare Berühmung gefunden werden, vielmehr ist jene Regierungsentschließung als ein Akt der Staatspolizeigewalt der Prüfung der Civilgerichte gänzlich entrückt.

Klägerinnen haben nirgends behauptet, daß, abgesehen von der oben erörterten Regierungsentschließung, die Vertreter der verklagten Kapellenstiftung sich für letztere irgendwie eines civilrechtlich verfolgbaren Rechtes gegenüber der Schulgemeinde in Betreff des fraglichen Schul- und Meßnerhauses und der desfalls obliegenden Baulast gerühmt haben. Die bloße Verneinung der primären und alleinigen Baupflicht auf Seite der Kapellenstiftung gegenüber der in der Provokationsklage der Schulgemeinde aufgestellten Behauptung, daß Verklagte als Eigenthümerin des Schulhauses und weil Klägerinnen von jeher von der Baulast freigewesen, die Bauten im Schul- und Meßnerhause allein zu wenden habe, hat nicht den Charakter der Berühmung eines Rechtes, sondern nur den Charakter einer Ablehnung oder Verneinung einer angesonnenen Pflicht. Vgl. GO. Kap. IV §. 5 Nr. 5 und Seuffert's Komm. hiezu Bd. II S. 125, 126 der 1. Aufl.

Zu bemerken ist hier auch noch, daß in Sachen, welche nicht zum Ressort der Justizbehörden gehören, eine provocatio ad agendum überhaupt unzulässig ist. S. 127 a. a. O.; Bl. f. RA. Bd. 12 S. 137.

Der Klägerin bleibt, wenn sie sich bei der von der k. Kreisregierung in ihrer Entschließung vom 4. Sept. 1865 in eigener Kompetenz und ohne Hinweisung auf einen privatrechtlichen Titel der Baulast verfüg-

Digitized by Google

ten hälftigen Theilung der Baukosten zwischen ihr und der Verklagten nicht beruhigen will, nichts übrig, als im Wege selbständiger Klage gegen die Kapellenstiftung aufzutreten, sofern ihr ein privatrechtlicher Titel für die Behauptung primärer und ausschließlicher Baupflicht dieser Stiftung an dem Schul- und Meßnerhause zu U. und seinen Nebengebäuden zur Seite steht.

Indem der klägerische Anwalt in seiner Revision die Behauptung aufstellt, daß Bezirksamt und Kreisregierung der Schulgemeinde gegenüber als Kuratelbehörden gar nicht in Betracht kommen könnten, weil die Schulgemeinde keine Korporation bilde, sondern nur als Gesammtheit der zu dem Schulsprengel vereinigten Ortsgemeindeglieder erscheine und als solche nicht bevormundet werde, so kömmt er mit sich selbst in Widerspruch, indem er seine Klage nicht Namens der Schulgemeindeglieder als Einzelwesen, sondern Namens dreier zum Schulsprengel U. gehöriger Gemeinden erhoben und für diese den Streitkonsens der Kuratelbehörde beigebracht hat. Klägerischer Anwalt kann den Charakter der von ihm im gegenwärtigen Prozesse vertretenen Personen in der Revision nicht willkührlich verändern. Es ist übrigens auch ganz gleichgiltig für Entscheidung der Berühmungsfrage, ob die Kläger als Einzelwesen oder als Korporationen aufgefaßt werden. Der Regierungsbeschluß vom 4. Sept. 1865 bleibt ein Akt der Staatspolizeibehörde, mag sich die k. Regierung bei ihrem Erlasse die Kläger als Individuen oder als Korporationen gedacht haben.

Demnach war die vorliegende Provokationsklage für unzulässig zu erachten.

OAGE. v. 8. Febr. 1868 RNr. $1350^{66}/_{67}$.
Rm.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 6. Juni 1868. 33. Jahrgang. No. 12.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Einrede der Simulation. Substanzirung derselben. Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?

Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Unter diesem Titel enthält die Zeitschrift des Anwaltsvereines für Bayern Bd. VIII Nr. 6 — 8 (S. 91—94, S. 100—106, S. 113—123) eine mit V. unterzeichnete Erörterung, welche auszuführen sucht, daß sowohl die Bestellung als auch die Cession von Hypotheken der Vorschrift des Art. 14 des Not.-Ges. unterliege, daß jedoch zur rechtlichen Wirksamkeit der Handlung nur eine einseitige Erklärung des Bestellers bezw. Cedenten erforderlich sei, und daß, wenn es sich nur um die Bestellung einer hypothekarischen Kaution handle, diese mit Rechtsgiltigkeit auch auf mündlich oder in einer Privaturkunde abgegebene Erklärung im Hyp.-Buche eingetragen werden könne.

Gegenwärtige Mittheilung setzt sich nicht zur Aufgabe, diese Erörterung als Ganzes zu widerlegen oder eine entgegengesetzte Meinung zu begründen; es sollen nur einzelne Punkte hervorgehoben und einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

1) Auf S. 93, S. 103 Nr. 5 Abs. 2 und S. 115 Nr. 8 wird behauptet, daß Art. 12 des Not.-Ges. für die daselbst bezeichneten Schuldbekenntnisse die notarielle Beurkundung als unerläß-

Digitized by Google

liche Form vorschreibe; denn da diese Beurkundung dem ausschließlichen Wirkungskreise der Notare zugewiesen sei, so liege hierin nach gemeinem Sprachgebrauche ein Verbot für Gerichte und Private, und die Ueberschreitung dieses Verbotes ziehe die Nichtigkeit der Handlung nach sich, gleichviel ob diese Folge angedroht sei oder nicht.

Allerdings wissen wir aus Const. 5 de leg. (1, 14) ganz bestimmt, daß ein verbotenes Geschäft nichtig ist, auch wenn das verbietende Gesetz die Nichtigkeit nicht ausdrücklich androht; allein hier fehlt es doch offenbar an einem Verbote.

Art. 11 des Not.-Ges. verweist die Beurkundung der Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Handlungen, wenn über dieselben nach gesetzlicher Vorschrift oder nach der Willkür der Betheiligten eine öffentliche Urkunde zu errichten ist, in den Wirkungskreis der Notare; und da nun im Hinblicke auf Art. 18 des Gerichtsverf.-Ges., welcher das Vormundschafts- und Hypothekenwesen den Gerichten überträgt, ein Zweifel darüber hätte entstehen können, ob nicht die Beurkundung der Verträge Minderjähriger und derjenigen Geschäfte, auf deren Grund ein Hyp.-Buchseintrag stattfinden soll, dem Vormundschafts- bezw. Hypotheken-Amte vorbehalten sei, so verordnet Art. 12 zur Beseitigung dieses Zweifels, daß auch die Beurkundung dieser Geschäfte zum Wirkungskreise der Notare gehöre (vergl. v. Zink's Komment. in Gesetzg. ꝛc. von Dollmann Th. II Bd. III S. 423).

Hier ist also weder von einem Verbote noch von irgend einer Formvorschrift für irgend ein Rechtsgeschäft die Rede.

2) Unbekümmert um dieses Verhältniß geht der Verfasser jener Erörterung sogar noch einen bedeutenden Schritt weiter, indem er zwar nicht mit ausdrücklichen Worten sagt, aber doch als Schluß-

Digitized by Google

folgerung ganz nahe legt, daß der Mangel notarieller Beurkundung des Schuldbekenntnisses und der Hypothekbestellung nicht nur diese, sondern auch jenes mit Nichtigkeit behafte, ja daß gerade das nichtbeurkundete Schuldbekenntniß der Grund sei, aus welchem die Hypothekbestellung, die außerdem rechtsgiltig wäre, der Nichtigkeit verfalle. Er sagt nemlich, im Art. 12 Abs. 2 ruhe der Nachdruck nicht auf dem Worte Beurkundung, sondern auf dem Worte „Schuldbekenntniß" (S. 116 a. E.) und gerade für dieses, als Grundlage der Hypothekbestellung (S. 115 Nr. 8), sei die notarielle Beurkundung durch Art. 12 Abs. 2 vorgeschrieben.

Er sagt ferner, daß sehr häufig Kautionen für zukünftige Forderungen im Hypoth.-Buche errichtet werden, daß aber diese nur ein formelles Recht bewirken und eine hinzutretende Forderung seiner Zeit besonders dargethan werden müsse, ehe der Eintrag materiell wirksam, ehe er eine Hypothek, ehe er ein dingliches Recht werde.

Wo, so fährt er fort, ein Hypothekrecht ohne oder abgesehen von einer materiellen Grundlage eine selbständige formelle Wirkung habe, könne es auch durch einseitige mündlich oder in einer Privaturkunde abgegebene Erklärung entstehen, wenn nicht das Amt zugleich schriftliche Kenntniß davon erhalte, daß dem Eintrage bereits eine materielle Verbindlichkeit zu Grunde liege, daß ein Vertrag oder Schuldbekenntniß vorhanden sei; eine vertragsmäßige Hypothek könne aber nur durch eine von einem Notare aufgenommene Urkunde bestellt werden.

Man merke also, wie jene Erörterung unterscheidet; eine selbständig und formell wirksame Hypothek, welche aber noch keine wirkliche Hypothek, kein dingliches Recht ist, und als Gegensatz hiezu

Digitized by Google

ein vertragsmäßiges Hypothekrecht, d. i. ein solches, welches mit einer materiellen Grundlage, mit einem durch den Notar beurkundeten Bekenntnisse einer gegenwärtigen Schuld versehen und hiedurch erst ein dingliches Recht geworden ist.

Abgesehen von vielen anderen Fragen ginge also eine hypothekarische Kaution, da sie kein dingliches Recht gewähre, nicht auf den dritten Besitzer über, selbst wenn sie der Kavent in einem Notariatsinstrumente bestellt hätte.

Es ist nicht nöthig, diese seltsame Theorie noch weiter zu verfolgen, zumal als die Unterscheidung zwischen formell und materiell wirksamen Hypotheken schon überhaupt nur dazu dienen kann, den Gegenstand zu verwirren, anstatt ihn aufzuklären; mit aller Entschiedenheit ist jedoch zu widersprechen, daß eine rechtsgiltig eingetragene Kaution erst mit dem Nachweise eines persönlichen Forderungsrechtes und nicht schon mit ihrer Eintragung ein dingliches Recht begründe, und daß, um dieses Recht zu bewahren und vollziehbar zu machen, nicht blos die Entstehung einer Forderung überhaupt darzuthun, sondern insbesondere auch die notarielle Beurkundung derselben erforderlich sei.

3) Nach V.'s Ansicht (S. 101) ist §. 16 d. Hyp.-G. nur da anwendbar, wo eine giltige und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtete Schuldurkunde, aber kein Rechstitel zur Hypothek vorlag, jedoch das Gericht irrthümlich einen gesetzlichen Titel angenommen und eine Hypothek eingetragen hatte.

Da §. 16 von der Eintragung in dem Falle spricht, wenn kein Rechtstitel vorhanden war, und dabei zwischen freiwilligem und gesetzlichem Titel nicht nur nicht unterscheidet, sondern sich noch überdies auf den von beiden Titeln handelnden §. 9 bezieht, so weiß man wahrlich nicht, wie jene An-

Digitized by Google

sicht zu rechtfertigen wäre; V. ist jedoch hierüber nicht in Verlegenheit und beruft sich auf Gönner's Komm. Bd. I S. 228, wobei ihm aber das Unglück begegnet, den von Gönner nur beispielsweise gesetzten als den im §. 16 einzig und allein gedachten Fall zu nehmen.

Wenn man sich nun, wie V. sagt, auf §. 16 schon ohnedies nicht berufen kann, um eine Hypothek, welche auf den Grund eines in einer nichtigen Urkunde verlautbarten freiwilligen Rechtstitels eingetragen wurde, als unanfechtbar darzustellen, so muß sich seine Behauptung, daß die im §. 16 offengelassene Anfechtbarkeit der Forderung durch Art. 14 des Not.-Ges. (vorbehaltlich der Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches) auch auf die Anfechtbarkeit der Hypothek ausgedehnt worden sei, nothwendig auf den nach seiner Meinung einzigen Fall des §. 16 des HG. beziehen, so daß also der ganze §. 16 als aufgehoben zu betrachten wäre.

Durch diese Entdeckung hätte uns V. einen schlimmen Dienst erwiesen; denn §. 16 ist, wie Gönner (S. 227) ausführt, für den Hypothekenkredit ein geradezu unentbehrliches Schutzmittel.

V. sagt aber, es sei bekannt, daß Verfehlungen gegen ein Verbot, wie Art. 14 des Not.-Ges., niemals durch einen nachfolgenden Vertragsvollzug, also auch nicht durch einen Hypothekeintrag unschädlich gemacht, sondern gegen jeden Vertragsschließenden, hier gegen den Gläubiger, so lange ihm die Forderung zusteht, geltend gemacht werden können.

Hiegegen ist zu erwidern: Insoferne Art. 14 des NG. keine andere als eine ausdrückliche und urkundliche Willenserklärung zuläßt, nach §. 16 des HG. aber der Hypothekvertrag auch durch stillschweigende Einwilligung des Schuldners zu Stande kommen kann, stehen sich beide Gesetze

Digitized by Google

diametral entgegen. Wenn aber Art. 14 die Form vorschreibt, unter welcher allein ein vertragsmäßiger Hypothektitel entstehen kann, so ist bei Nichtbeobachtung dieser Form das Geschäft nichtig und daher ein Rechtstitel gar nicht vorhanden; aber gerade für den Fall, daß ein Rechtstitel nicht vorhanden war und die Hypothek dennoch eingetragen wurde, statuirt §. 16 des HG. die Voraussetzungen, unter welchen die Hypothek demungeachtet unanfechtbar ist. Hieraus ersieht man deutlich, daß dem §. 16 gegenüber eine auf Art. 14 beruhende Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden kann, und daß letztere Gesetzstelle der ersteren, als der zwar älteren, aber spezielleren, zu weichen hat. Will man jedoch davon absehen, daß im Falle des §. 16 ein stillschweigender Vertrag vorliege, und will man die Sache ausschließend so auffassen, daß Art. 14 von der nothwendigen Form der Errichtung eines vertragsmäßigen Hyp.-Titels, §. 16 aber von dem Ausnahmsfalle einer ohne Rechtstitel giltig zu Stande kommenden Hypothek handle, so ist ein Konflikt beider Gesetzstellen ohnehin nicht vorhanden.

Der Kommentator des Not.-Ges. bekämpft gleichfalls, wie B., das in Stenglein's Zeitschrift Bd. II S. 17 ff. aus §. 16 gezogene Argument, jedoch aus ganz anderen Gründen, und es fällt ihm nicht bei, den §. 16 als geändert oder aufgehoben zu betrachten; er sagt vielmehr deutlich, daß derselbe, als eine ganz singuläre Vorschrift, neben Art. 14 unverändert fortbestehe, und durch die ihm innewohnende Kraft, Nichtigkeiten zu heilen, von ganz besonderer Wichtigkeit sei (Komm. z. Not.-Ges. S. 442 und Nachtrag S. 73 lit. g).

4). Ferner sagt B.'s Erörterung (S. 114), es gebe Verträge, bei welchen nur die Erklärung eines Theiles beurkundet zu werden pflege, und dahin gehöre auch der Hypothekbestellungs- und der

Digitized by Google

Cessions-Vertrag. Eine zweiseitige Erklärung sei auch heutzutage nicht vorgeschrieben. Mit dem Eintrage im Hyp.-Buche gelte er als wirksam, sonach auch als perfekt; direkter Gegenbeweis sei nicht ausgeschlossen, die Perfektion werde also nach dem Eintrage gesetzlich vermuthet.

Ueber den Hyp.-Bestellungsvertrag wurde in dieser Beziehung bereits oben S. 146 gesprochen; was aber den Cessionsvertrag betrifft, so ist zwar zuzugeben, daß auch eine Cession auf den Grund einer einseitigen Erklärung im Hyp.-Buche eingetragen werden könne (Ergänz.-Bd. zum 31. und 32. Jahrg. dieser Blätter S. 209), zu widersprechen ist aber, daß der Cessionsvertrag durch die Eintragung wirksam werde (Gönner's Komm. Bd. I S. 279 u. 280 Nr. 5 u. 6). Die Perfektion kann ohne Eintrag vorhanden, und sie kann aber auch ungeachtet des Eintrages nicht vorhanden sein. Auch eine gesetzliche Vermuthung der Perfektion entspringt nicht aus dem Eintrage, indem das zur Verkehrserleichterung eingeführte Verfahren des §. 107 des HG. darauf beruht, daß sich jeder durch einseitige Erklärungen präjudiziren könne, weshalb das Hyp.-Amt auf die Frage der Perfektion nicht einzugehen hat. (Gönner a. a. O. Bd. II S. 78 §. III.) Will man dieses Verhältniß als eine Rechtsvermuthung bezeichnen, so kann dieselbe jedenfalls nur für, niemals aber gegen den Cessionar wirken; es kann also von ihr, wenn letzterer die Perfektion bestreitet, gar nicht die Rede sein.

Stellt man, wie V., die Hyp.-Cession unter die Vorschrift des Art. 14 des NG., so ist zur Perfektion des Vertrages unbedingt erforderlich, daß der übereinstimmende Wille der Kontrahenten notariell beurkundet werde. Eine Urkunde, welche nur die einseitige Erklärung des Cedenten enthält,

Digitized by Google

kann wohl vor dem Hyp.-Amte, welches, wie gesagt, die Vertragsperfektion nicht zu untersuchen hat, den Cessionar als solchen legitimiren; sie ist aber keine Vertragsurkunde, wie sie Art. 14 des NG. fordert, sie ist keine Urkunde, durch welche die Uebereinstimmung der Kontrahenten, d. i. der wirkliche Vertragsabschluß nachgewiesen wird, wie bereits vom obersten Gerichtshofe (siehe oben S. 138) erkannt worden ist.

Die zwingende Vorschrift des Art. 14 bezielt, in den Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit zu wecken. Nicht blos der, welcher ein dingliches Recht weggibt, auch wer es erwirbt, soll vor Uebereilung im Vertragsabschlusse gewahrt werden (siehe oben S. 5). Die Verlautbarung erfordert daher auch die Mitwirkung des Cessionars, wenn sie dem Art. 14 entsprechen soll. Die Absicht dieses Artikels geht insbesondere auch dahin, Streitigkeiten über die betreffenden als besonders wichtig erachteten Fälle möglichst zu beseitigen und für den Fall, daß dennoch ein Rechtsstreit entstände, das einfachste und sicherste Beweismittel an die Hand zu geben; wie aber sollte z. B. der Cedent aus seiner einseitigen Erklärung die Größe des Cessionspreises beweisen können?

Der Rechtsverkehr wird freilich sehr erschwert und manche Cession ganz unterbleiben, wenn eine unter Mitwirkung beider Kontrahenten errichtete Notariatsurkunde gefordert wird; allein wenn man einmal annehmen zu müssen glaubt, daß sich Art. 14 auch auf Hyp.-Cessionen beziehe, so kann man sich nicht zugleich für berechtigt halten, im Interesse des Rechtsverkehres zu dem Auskunftsmittel einseitiger, den Beweis der Perfektion nicht liefernder Cessionserklärungen zu greifen, und sich statt des vom Gesetze geforderten urkundlichen Beweises des Vertragsabschlusses mit einer nicht einmal nach

Digitized by Google

beiden Seiten wirkenden und den Gegenbeweis nicht ausschließenden Rechtsvermuthung zu behelfen.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Einrede der Simulation. Substanzirung derselben. Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen, welche den Sachverhalt genügend entnehmen lassen, wird Folgendes mitgetheilt.

„Beklagter behauptet, es sei der Anwesenskauf ohne irgend eine ernstliche Absicht verbrieft worden; man habe vielmehr nur zum Scheine, zur Erreichung eines nicht näher zu bezeichnenden Zweckes, jenen Akt aufnehmen lassen und auch die Tradition habe nur stattgefunden, um dem Scheingeschäfte einen kräftigeren Anstrich zu geben.

Offenbar ist diese Behauptung vollkommen haltlos. Schon der Umstand, daß Beklagter keinen Grund anzugeben vermag, warum ein solches Scheingeschäft errichtet worden sei, genügt, um seine Angabe als unsubstanzirt zu betrachten, und zwar um so mehr, als alle sonstigen in den Akten liegenden und unbestrittenen Thatsachen dieser Annahme entschieden widerstreiten. Es ist in letzterer Beziehung darauf hinzuweisen, daß Beklagter nicht allein sofort in den Besitz des Anwesens gesetzt wurde, sondern daß er auch eine Reihe kostspieliger Verwendungen darauf gemacht hat, wie sie nur der Eigenthümer zu machen pflegt, daß er endlich Abschlagszahlungen auf den Kaufpreis im Betrage von 3600 fl. geleistet haben will. Hier liegt offenbar zu viel Ernst vor, um der Möglichkeit des Scheines

Digitized by Google

noch Raum zu geben, und es haben daher die Vorinstanzen mit Recht die bezügliche Einrede sofort verworfen. —

Ebensowenig Beachtung verdient der weitere Einwand des Beklagten, es sei der Kaufvertrag deshalb nichtig, weil er gegen den Art. 14 des Notariatsgesetzes verstoße, indem nämlich ein Kaufpreis von 11,000 fl. verabredet, jedoch nur ein solcher von 10,000 fl. in den Notariatsakt aufgenommen worden sei.

Thatsache ist in dieser Beziehung, daß Kläger als Verkäufer den Kaufpreis von 10,000 fl., so wie ihn der Akt beurkundet, sich gefallen läßt und keinen Einwand dagegen erhebt, daß die streitige Zahlung von 1000 fl., ihren Beweis vorausgesetzt, an diesem Kaufpreise in Abzug gebracht werde.

Es liegt also hier der sonderbare Fall vor, daß ein blos zu Gunsten des Verkäufers gegebenes und durch dessen Verzicht jetzt beseitigtes, nichtiges Nebenversprechen vom Käufer benützt werden will, um daraus die Nichtigkeit des ganzen sonst formell giltigen Vertrages zu folgern.

Man könnte die Frage aufwerfen, ob bei solcher Sachlage der Beklagte berechtigt sei, eine Nichtigkeit geltend zu machen; allein es würde deren Erörterung in vorliegendem Falle müßig sein, da, wie die Vorinstanzen mit Recht erkannt haben, der bezügliche Einwand, weil erst in der Duplik vorgebracht, als verspätet nicht zu berücksichtigen ist.

Es ist nämlich klar, daß dieser Einwand auf einer wesentlich anderen thatsächlichen Grundlage beruht, als die in der Vernehmlassung vorgeschützte Simulation. Zwar wird auch hier von einer Simulation gesprochen, allein es geschieht dieß in ganz verschiedenem Sinne. Es handelt sich nämlich nicht mehr darum, daß der Vertrag selbst simulirt gewesen sei, daß eine ernstliche Absicht zu verkaufen

und zu kaufen nicht vorgelegen habe, vielmehr blos darum, daß bei der Beurkundung eine theilweise Simulation stattgefunden habe. Es wird die Giltigkeit des Vertrages nicht mehr aus materiellen sondern aus formellen Gründen angefochten. Eine solche neue Einrede durfte aber nicht in der Duplik nachgebracht werden."

OAGE. v. 1. Febr. 1868 RNr. $1423^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Die Einrede des Beklagten, daß wegen der simulirten Kaufschillingsgröße der ganze Vertrag nichtig sei, hat der oberste Gerichtshof als verspätet erklärt, und daher die materielle Prüfung derselben mit Recht unterlassen; im Interesse der Praxis aber, da ähnliche Fälle voraussichtlich nicht ausbleiben werden, wird es nicht unangemessen sein, eine solche Prüfung hier anzustellen.

Dieser Einrede, wie sonderbar sie auch auf den ersten Anblick erscheinen mag, fehlt es durchaus nicht an rechtlicher Begründung.

Die Simulation bewirkt zwar an und für sich noch keine Nichtigkeit, vielmehr tritt, wenn ein Geschäft absichtlich anders beurkundet wurde, als es nach der wahren Geschäftsintention zu beurkunden gewesen wäre, das wahre Geschäft in Geltung; wenn aber letzteres formell oder materiell ungiltig ist, so fällt die ganze Uebereinkunft als nichtig zusammen. Const. 1 et 3 plus valere (4, 22), const. 3 de contr. emt. (4, 38), fr. 5 §. 5 fr. 7 §. 6 de donat. inter vir. (24, 1).

Im vorliegenden Falle ging das wahre Geschäft auf einen Kaufschilling von 11,000 fl., während nur ein Kaufschilling von 10,000 fl. beurkundet wurde. Das beurkundete Geschäft ist nicht wahr, und das wahre ist nicht beurkundet. Beide sind daher nichtig, ersteres ex defectu voluntatis, letzteres ex defectu solennitatis.

Hieraus ergibt sich, daß, weil das Simulirte

niemals gilt, nicht nur hier, sondern bei jedem der nothwendigen Beurkundung unterliegenden Kaufvertrage die absichtliche Angabe eines geringeren als des wirklich bedungenen Kaufschillinges das ganze Geschäft mit Nichtigkeit behaftet. Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 65; v. Zink, Komment. Nachtrag S. 59 lit. g; Bl. f. RA. Bd. XXX S. 360, Bd. XXXI S. 218.

Wollte man einwenden, daß die Nichtigkeit der mündlichen Uebereinkunft nur so weit bestehe, als diese nicht beurkundet worden, daß sie aber hier bis zu einer Kaufschillingsgröße von 10,000 fl. beurkundet sei, sohin, da der Verkäufer einen höheren Kaufschilling selbst nicht beanspruche, die Notariatsurkunde eine Simulation gar nicht mehr enthalte, so wäre diese Argumentation unrichtig vom Anfange bis zum Ende.

Es handelt sich hier keineswegs um ein blos zu Gunsten des Verkäufers gegebenes Nebenversprechen, sondern um die Feststellung des Kaufschillings, daher um einen die beiden Kontrahenten gleichmäßig berührenden Kardinalpunkt des Kaufvertrages.

Ist das beurkundete Geschäft, weil das Simulirte niemals gilt, mit Nichtigkeit behaftet, so kann diese nicht dadurch geheilt werden, daß der Verkäufer auf den beurkundeten Kaufschillingsbetrag herabgeht; und gleichwie der Verkäufer, wenn es ihn reuen würde, das Gut um 11,000 fl. veräußert zu haben, die Nichtigkeit des Vertrages vorschützen könnte, ebenso muß dieses auch dem Käufer gestattet sein, falls er sich auch bei dem auf 10,000 fl. herabgesetzten Kaufschillinge noch für übervortheilt erachten sollte.

Dieses ist die nothwendige Folge der Nichtigkeit, und wer hiegegen einen Verzicht des Verkäufers auf einen Theil des Kaufschillings entscheiden ließe, der müßte sich die Erwiderung gefallen lassen,

Digitized by Google

daß ihm die Begriffe der Nichtigkeit und der bloßen Rescissibilität mit der bekannten und unbestrittenen Lehre, daß durch einseitigen Verzicht zwar die rescissiblen, keineswegs aber die nichtigen Geschäfte zur Rechtsgiltigkeit gelangen können, für diesen Fall abhanden gekommen seien. Rm.

2.

Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?

1. Durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 8. Februar 1868 (RR. 1496 $^{66}/_{67}$) wurde diese Frage bejaht unter Anführung folgender Gründe:

„Unrichtig ist die Behauptung der Revisionsschrift, die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung bilde ein vom Cessionsvertrage trennbares, als selbständiger Vertrag zu erachtendes Rechtsgeschäft.

Zu den Rechtsverhältnissen, welche durch die Cession geschaffen werden, gehören auch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche in dem Falle entstehen, wenn der Cessionar mit dem Versuche, die cedirte Forderung einzutreiben, nicht durchdringt. Diese Rechte und Verbindlichkeiten sind durch das Gesetz dahin festgestellt, daß, wenn über die Haftung des Cedenten in einem solchen Falle nichts verabredet ist, dieselbe nur auf den Bestand der Forderung, nicht auf deren Einbringlichkeit geht. Diese beschränkte Haftung bildet daher die gesetzliche natura negotii. Eine Stipulation, welche etwas hievon Abweichendes bestimmt, bildet daher einen integrirenden Bestandtheil des Cessionsgeschäftes selbst, welche von demselben untrennbar ist, und daher auch an die gesetzlich erforderliche Form des Hauptvertrages gebunden ist. Ganz so müßte eine solche Stipulation beurtheilt werden, wenn sie, wie in der Revision beispielsweise supponirt wird, erst nach

abgeschlossener Cession verabredet worden wäre. Sie würde eben eine Abänderung des Cessionsvertrages in dem durch das Gesetz geregelten Theile der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten enthalten, und daher als ein mit dem Hauptvertrage nothwendig zusammenhängender Nebenvertrag zu erachten sein."

II. In anderer Weise hatte der oberste Gerichtshof früher erkannt.

Die Gründe zeigen zuerst, daß eine vor Verbriefung des Cessionsvertrages übernommene Haftung pro nomine bono völlig irrelevant sei, wenn der beurkundete Vertrag hierüber nichts enthalte, weil sie in diesem Falle wieder entkräftet wäre.

„Insoferne aber," fahren die Gründe fort, „weiter behauptet ist, daß jene Verpflichtung auch nach dem notariell abgeschlossenen Vertrage vom Beklagten übernommen worden sei, verhält sich die Sache anders. Hier kann von einer Nebenabrede keine Sprache sein; eine solche nachfolgende Uebereinkunft ist vielmehr ein zweiter selbständiger Vertrag, welcher an die speziell im Gesetze vorgeschriebene Form des früheren Vertrages nur dann gebunden wäre, wenn er die wesentlichen Bestimmungen des letzteren und insbesondere jenen Inhalt desselben beträfe, in welchem der Grund zur Nothwendigkeit einer ausnahmsweisen Form beruht."

OAGE. v. 13. Mai 1867 Reg.-Nr. $735^{66}/_{67}$.

Treffend ist hiezu in v. Zink's Kommentarsnachtrag S. 58 bemerkt, man könne vielleicht diesen Gründen beisetzen, daß, wenn der Cedent später für die Güte der Forderung freiwillig einen Bürgen gestellt hätte, dessen Gutstand keiner notariellen Beurkundung bedürfte, also auch dann nicht, wenn er selbst die Bürgschaft für den debitor cessus auf sich genommen.

III. Nach gleichem Grundsatze erkannte der oberste Gerichtshof auch in folgendem ähnlichen Falle:

Ein Cedent, welcher laut der notariellen Ceſſionsurkunde die Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Hypothekforderung übernommen hatte, klagte gegen den Ceſſionar auf Bezahlung eines Reſtes der Ceſſionsvaluta. Der Ceſſionar entgegnete, der Cedent habe ihm laut nachträglich getroffenen Uebereinkommens für die Einbringlichkeit der Forderung Sicherheit durch einen Bürgen oder ſonſt zu beſtellen, habe aber dieſe Sicherheit bisher nicht beſtellt, weshalb er, Ceſſionar, die Bezahlung des eingeklagten Reſtes der Valuta einſtweilen verweigere.

Hierüber ſagen die oberſtrichterlichen Gründe: „Dieſe Einrede iſt in II. Inſtanz aus dem formellen Grunde verworfen worden, weil hier eine blos mündliche Nebenverabredung zu einem notariell errichteten Vertrage über ein dingliches Recht vorliege, ſohin nach Art. 14 des Notariatsgeſetzes v. 10. Nov. 1861 ungiltig ſei; allein dieſer Abweiſungsgrund iſt nicht gerechtfertigt. Denn es handelt ſich hier nicht um eine blos mündliche und gleichzeitige Nebenabrede zu jenem notariellen Vertrage, ſondern um einen nachfolgenden Vertrag, welcher den erſteren in ſeinen weſentlichen Beſtimmungen nicht aufhebt, ſondern eine neue ſelbſtändige und zwar blos perſönliche Verpflichtung des Klägers feſtſetzt, ohne daß ſie jedoch mit dem dinglichen Rechte ſelbſt, welches der Gegenſtand des früheren Vertrages war, im Zuſammenhange ſteht.

Ein ſolcher nachfolgender Vertrag iſt nur dann in der notariellen Form des vorausgehenden Hauptvertrages zu errichten, wenn er das dingliche Recht, welches den Gegenſtand des letzteren bildete, ſelbſt betrifft, alſo daſſelbe aufhebt, ändert, erweitert oder einſchränkt.

Die neue Verpflichtung des Cedenten, für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung Sicher-

Digitized by Google

heit zu leiſten, ändert aber die dingliche Eigenſchaft des Gegenſtandes der Ceſſion nicht und ſetzt auch letztere in keiner Beziehung außer Wirkſamkeit, ſondern enthält nur einen Zuſatz zu der rein perſönlichen Nebenbeſtimmung bezüglich der erwähnten Haftung des Cedenten."

OAGErk. v. 21. Febr. 1868 RNr. $1483^{66}/_{67}$.

Nachſchrift des Einſenders. Unter welchen Umſtänden im Falle I die Uebernahme der Haftung pro nomine bono erfolgt ſei, läßt ſich aus den oberſtrichterlichen Gründen nicht mit ſolcher Beſtimmtheit entnehmen, daß man behaupten könnte, es ſei dem Ceſſionar durch dieſe Entſcheidung zu wehe geſchehen. Indeſſen ſind die Gründe, in welchen geſagt wird, daß auch die nachfolgende Haftungsübernahme ohne notarielle Beurkundung nichtig wäre, jedenfalls nicht von der Art, daß ſie nicht durch die Gründe sub II et III vollſtändig widerlegt wären.

Man kann aber, obſchon weit entfernt, die Gründe sub I rechtfertigen zu wollen, dennoch behaupten, es fehle denſelben nicht an logiſchem Zuſammenhange mit der vom oberſten Gerichtshofe bisher feſtgehaltenen Anſicht, daß bei der nicht beurkundeten Ceſſion einer Hypothekforderung nicht blos die vertragsmäßige Abtretung der Hypothek, ſondern auch die Abtretung des Forderungsrechtes nichtig ſei, weil dieſe die Grundlage für die nothwendige Abtretung der Hypothek ſei. Denn in völlig gleicher Weiſe bildet der die Haftung pro nomine bono feſtſetzende Vertrag und die auf den Grund desſelben dem Ceſſionar geleiſtete Entſchädigung (vgl. oben S. 72—74) die Grundlage zur nothwendigen Rückceſſion der Hypothekforderung an den Cedenten. Rm.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 20. Juni 1868. 33. Jahrgang. No. 13.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. (Schluß.) — Das Wort „Geding" im bayer. LR. Th. I Kap VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen. — Zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung wegen beträglicher Verletzung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über die Gewährung eines Nachlasses an einer Schuldforderung ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der betreffenden Urkunde stattgefunden hat. — Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstespräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat.

Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

(Schluß.)

5) Wenn man sich auch, sagt V.'s Erörterung (S. 118) weiter, ein Hypothekrecht ohne Forderung denken könne, so doch nicht die Cession eines solchen ohne Cession einer Forderung. Eine bloße Kaution könne der Berechtigte Niemanden abtreten, sondern nur die inzwischen entstandene Forderung mit der Hypothek. Der Cessionar würde z. B. für eine weitere Kreditgebung auf dem noch nicht erschöpften Rechte der Kaution kein Hyp.-Recht ohne Zuthun des Schuldners erlangen können (§. 4 des HG.).

Hiegegen ist zu bemerken, daß ein Hyp.-Recht ohne Forderung schlechterdings undenkbar ist; es genügt aber, wenn diese auch nur eine künftige oder bedingte ist; Gönner's Komm. Bd. I S. 113 mit Bezug auf fr. 5 pr. de pignor. et hyp. (20, 1).

Aus welchem Grunde eine bloße Kaution, wenn dasjenige, wofür sie bestellt wurde, überhaupt ces-

Digitized by Google

sibel ist, nicht, sondern immer nur das schon wirklich entstandene Forderungsrecht nebst der Hypothek abgetreten werden könnte, ist nicht einzusehen, da ja auch künftige (blos mögliche) und namentlich bedingte Forderungen Gegenstand der Cession sein können (Const. 3 de don. (8, 54); Bayer. LR. Th. II Kap. III §. 8 Nr. 5). Hat also z. B. ein Dritter dem Gläubiger für richtige Zinszahlung des Schuldners hypothekarische Kaution geleistet, so geht diese Kaution mit der Cession der Forderung kraft des Gesetzes auf den neuen Gläubiger über, auch wenn ein Zinsrückstand nicht besteht.

V. beruft sich zwar für seine Meinung auf §. 4 d. HG.; man wird jedoch schwerlich im Stande sein, einen Zusammenhang dieses Citates mit dem vorliegenden Gegenstande auszuforschen.

6) Bekanntlich stützen sich diejenigen, welche die Hyp.-Cessionen nicht unter Art. 14 des NG. stellen, darauf, daß die Hypothek, als Nebensache, dem Schicksale der Forderung, als der Hauptsache, folge und mit dieser kraft des Gesetzes auf den Cessionar übergehe.

V. behauptet nun (S. 119 Nr. 11), hierin liege eine petitio principii; denn es sei erst zu beweisen, daß die betreffenden Bestimmungen des römischen Rechtes und des bayer. LR. Th. II Kap. III §. 8 Nr. 7 hierin noch gelten. Und nun wird ausgeführt, daß dieselben durch die Beseitigung der römischen Vertragsformen und durch das im bayer. Hyp.-Gesetze herrschende Prinzip der Spezialität der Hypotheken, sowie überhaupt durch die formelle Seite unseres Hypothekenrechtes nicht nur wesentlich limitirt, sondern (S. 120 a. E.) vollständig ausgeschlossen seien.

Diese Doktrin ist jedenfalls neu, und das Verdienst ihres Schöpfers soll durch eine Widerleg-

Digitized by Google

ung, welche die Leser dieser Blätter sicher nicht erwarten, hier auch nicht zu trüben versucht werden.

Als ein Ausfluß dieser Doktrin erscheint aber die beigefügte Behauptung, daß, wenn dem Cedenten bei der Cession die Existenz des Hyp.-Rechtes unbekannt war, er dasselbe auch nicht habe abtreten wollen, und es sei daher nicht mehr als billig, daß es der Cessionar, wenn er es haben wolle, nachträglich notariell erwerbe.

Wie war es nun aber, so muß man fragen, mit der Hypothek in der Zwischenzeit? Flatterte sie in der Luft oder befand sie sich in der Halle der Erwartung?

Wenn man nicht annimmt, daß in solchem Falle die Hypothek durch die Cession der Forderung kraft des Gesetzes auf den Cessionar übergegangen sei, so mußte sie, da sie losgetrennt von der Forderung nicht bestehen konnte, untergegangen sein, und wenn sie untergegangen ist, so kann sie nachträglich nicht mehr cedirt werden.

7) Auf S. 121 Nr. 12 findet sich die Behauptung, daß eine Hyp.-Bestellung für die Forderung auch ohne Mitwirkung des Gläubigers zum Vertrage erwachsen könne, während die Kaution, die Hypothekbestellung ohne Forderung, und die sonstigen formellen Erklärungen vor dem Hyp.-Amte theils Anomalieen seien, welche aus der Nichtübereinstimmung des Hyp.- und Not.-Gesetzes herrühren und mit einer neuen Civilgesetzgebung verschwinden werden, theils auf dem Verkehrsbedürfnisse basiren.

Eine Hypothekbestellung ohne Mitwirkung des Gläubigers ist als Vertrag rechtlich undenkbar; wahrscheinlich wollte V. statt der Worte „ohne Mitwirkung" sagen „ohne ausdrückliche Willenserklärung."

Aber auch in dieser Voraussetzung wäre V.'s Behauptung, da er ja den Hyp.-Bestellungsvertrag

Digitized by Google

dem Art. 14 des NG. unterwirft, wenigstens eine Inkonsequenz, weil die im Art. 14 vorgeschriebene Form nur eine ausdrückliche und urkundliche, nicht aber eine stillschweigende Willenserklärung zuläßt. Die Acceptation des Gläubigers müßte daher jedenfalls eine fiktive sein; hiezu bedürfte man aber einer positiven Vorschrift, welche nicht besteht, und mit gesunden Rechtsgrundsätzen, wie unschwer gezeigt werden könnte, auch nicht vereinbar wäre.

Daß die bloße Kaution eine Hypothek ohne Forderung sei, ist wieder unrichtig, wenigstens ungenau, da sie nur eine Hypothek ohne gegenwärtige, aber nicht ohne Beziehung auf eine künftige oder bedingte Forderung ist (siehe oben Nr. 5), während die Behauptung, daß die hypothekarische Kaution (welche doch schon im römischen Rechte bekannt war), eine aus der Nichtübereinstimmung unseres Hyp.- und Not.-Gesetzes herrührende Anomalie sei, und (da sie doch ein unabweisliches Rechtsbedürfniß ist) mit einer neuen Civilgesetzgebung verschwinden werde, doch auf einen gar zu eigenthümlichen Gedankengang hinzudeuten scheint.

8) Das in diesen Blättern Bd. XXXI S. 195 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß spricht aus, daß die Cession einer mit einem Hypothektitel versehenen Forderung, obwohl dieses Geschäft nicht unmittelbar ein dingliches Recht betreffe, unter die Vorschrift des Art. 14 falle, da derselbe nicht unterscheide, ob der Vertrag das dingliche Recht unmittelbar oder nur mittelbar betreffe.

V. billigt diese Entscheidung und wendet sich nun gegen die derselben in diesen Blättern beigefügte Nachschrift, in welcher erörtert ist, daß ein solcher Cessionsvertrag in Haupt- und Nebensache nur persönliche Rechte zum Gegenstande habe.

Ein solches Argument, so sagt er, gehe zu weit; denn ein notarieller Kaufvertrag über ein

Digitized by Google

Grundstück erzeuge auch nur ein persönliches Recht, welches mit einer Forderungsklage geltend gemacht werde; aber er betreffe doch das Eigenthum. So betreffe auch obiger Cessionsvertrag ein dingliches Recht.

Man muß absichtlich die Augen verschließen, um den wesentlichen Unterschied dieser beiden Fälle zu übersehen.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers und die derselben entsprechende Klage des Käufers geht nicht, wie V. annimmt, auf Uebertragung des Eigenthumes, denn der Verkäufer prästirt nur das habere licere; sie geht aber auf die Ueberlieferung des Grundstückes, sohin unmittelbar auf die Besitzveränderung einer unbeweglichen Sache, und diese Besitzveränderung ist es, welche den Art. 14 anwendbar macht.

Die Verbindlichkeit des Cedenten geht dahin, daß er dem Cessionar gestatte und denselben in den Stand setze, die cedirte Forderung mit den ihr anklebenden Rechten für seine eigene Rechnung geltend zu machen. Die auf Vertragserfüllung gerichtete Klage des Cessionars gegen den Cedenten einer nur mit einem Titel zur Hypothek versehenen Forderung geht also ausschließend nur auf Gewährung persönlicher Rechte, zu welchen bekanntlich auch der Hyp.-Titel gehört.

Mag es auch zweifelhaft sein, ob die Cession einer Hyp.-Forderung dem Art. 14 unterliege, so läßt sich doch zuverlässig behaupten, daß letzteres bei der Cession einer nur mit einem Hypothektitel versehenen Forderung nicht der Fall sei, wenn man nicht annimmt, daß zur Anwendbarkeit des Art. 14, da der Hypothektitel immer nur das Mittel zur möglichen, keineswegs aber sicheren Erwerbung der Hypothek bietet, auch die mittelbare Beziehung zu einem dinglichen Rechte ausreiche.

Digitized by Google

Es ist daher gewiß ein auffallender Widerspruch, wenn V. (S. 121) behauptet, daß ein solcher Cessionsvertrag ein dingliches Recht (im Sinne des Art. 14) betreffe, und wenn er schon auf der nächsten Seite 122 ausdrücklich hervorhebt, unter den Worten „Verträge, welche ein dingliches Recht betreffen", verstehe der Sprachgebrauch und die Rechtswissenschaft nur unmittelbare, nicht auch mittelbare Beziehungen.

9) V. greift die eben bemerkte Nachschrift (Bd. XXXI S. 201) noch weiter an und sagt, ob man die Hypotheken zu den Mobilien oder Immobilien rechne, sei gleichgiltig; jedenfalls seien sie dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, wobei übrigens mit Recht darauf hingewiesen werde, daß Hypotheken schon nach der Art, wie man sie in Pfand geben könne (§. 53 u. 155 des HG.), als Immobilien zu betrachten seien. Worauf man die Hypothekklage zu richten habe, sei gleichfalls belanglos.

Die Nachschrift hat diese Fragen lediglich in Beziehung auf das bayer. LR. angeregt. Dieses kennt auch (Th. II Kap. II §. 2) ein Eigenthum an unkörperlichen Dingen, behandelt die Cession (Kap. III §. 8) unter den Arten der Eigenthumserwerbung, und die Anmerkungen sagen zu §. 8 Nr. 1 lit. b, unter Cession verstehe man jene Handlung, da wir unsre Gerechtsame an Jemand andern eigenthümlich überlassen und abtreten.

Man kann sich daher nicht wundern, wenn viele Praktiker die Cession als Eigenthums-Uebertragung behandelt wissen wollen. Kann dieses geschehen, so fallen darüber, daß Hyp.-Cessionen dem Art. 14 unterliegen, alle Zweifelsgründe hinweg, wenn die Hyp.-Forderungen unter die Immobilien zu zählen sind.

Digitized by Google

Die Frage, ob letzteres wirklich der Fall sei, ist also keineswegs müßig, sondern zunächst entscheidend und die Beantwortung derselben wird von berühmten Rechtslehrern daraus geschöpft, daß die actio hypothecaria auf die Ueberlassung des Hypothekobjektes gerichtet werde, weshalb der Verfasser der Nachschrift den Vorwurf V.'s, hier Ungehöriges eingemengt zu haben, um so leichter trägt, als er ihn mit jenen Rechtslehrern zu theilen hat.

Uebrigens bildet die Frage, ob Hypothek-Forderungen zu den Mobilien oder Immobilien zu zählen seien, eine alte und bekannte Kontroverse, als welche sie auch in der Nachschrift bezeichnet wurde. V. ist zwar mit derselben schnell fertig, indem er sagt, schon die Art, wie man Hyp.-Forderungen nach §. 53 u. 155 des HG. in Pfand geben könne, beweise, daß sie zu den Immobilien gehören; man wird aber besser thun, zu sagen, daß hiedurch gar nichts bewiesen werde, weil das Hyp.-Ges. über die Form und das Wesen der Verpfändung einer Hyp.-Forderung eine Bestimmung nicht enthält, und auch die Eintragung nicht zur Giltigkeit der Verpfändung fordert, sondern sie dem Pfandnehmer nur gestattet, damit er hiedurch gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches geschützt werde. Dieses sagt schon der Wortlaut des §. 53 des Hyp.-Ges. und ist noch näher ausgeführt in Gönner's Komm. Bd. I S. 440 §. III und Bd. II S. 279 mit Bezug auf S. 272.

Es ist gewiß ein löbliches Bestreben, wenn man nach Gründen sucht, nach welchen zum Hyp.-Bestellungs- und Cessionsvertrage die einseitige Notariatserklärung des Schuldners (Bürgen) bezw.

Digitized by Google

des Cedenten genügt; denn die Anforderung einer durch Mitwirkung beider Kontrahenten zu Stande gekommenen Notariatsurkunde schlägt dem Hyp.-Verkehr unzweifelhaft eine sehr tiefe Wunde.

Ohne dem Gesetze einen Zwang anzuthun, kann man diese Gründe darin finden, daß man den Hyp.-Bestellungsvertrag, als den speziellen Vorschriften des Hyp.-Ges. unterworfen, und den Hyp.-Cessionsvertrag, als in der Hauptsache nur ein persönliches Recht betreffend, außerhalb der Herrschaft des Art. 14 stellt; geht aber dieses nicht an, so wird es auch nicht gelingen, an der Hand des Gesetzes zu zeigen, daß eine einseitige Notariatserklärung genüge; vielmehr wird dann nur ein neues Gesetz Abhilfe schaffen können.

Die Bestimmung der GO. Kap. XX §. 9 Nr. 4 ist in dieser Beziehung so klar, daß hierüber noch niemals ein Zweifel entstanden ist; und die Ausdehnung derselben auf das ganze Gebiet des Notariatsgesetzes nebst einer gleichen Bestimmung hinsichtlich der Beurkundung freiwilliger Hyp.-Cessionen würde dem ganzen Streite ein Ende machen.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Das Wort „Geding" im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen.

Die Eheleute Johann und Magdalena J. hatten ihrem die Konstituirung eines Heirathsgutes und einer Widerlage enthaltenden Ehevertrage auch einen Erbvertrag beigefügt, nach welchem der überlebende Ehetheil Erbe des vorabsterbenden werden sollte.

Als nun die Ehe aus Verschulden des Ehemannes auf Lebensdauer der Ehegatten getrennt

Digitized by Google

wurde, nahm die Ehefrau, weil ihr Ehemann als vorabgestorben zu betrachten sei, unter Beziehung auf das bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 das beiderseitige Gesammtvermögen in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der eingetretenen Ehetrennung befunden hat, in Anspruch. Sie wurde jedoch mit diesem Anspruche zurückgewiesen, wofür der oberste Gerichtshof folgende Gründe aufgestellt hat.

„Wenn das bayerische Landrecht mit der Bestimmung des Th. I Kap. VI §. 43 Ziff. 1 bei einer Ehescheidung aus Verschulden des Ehemannes der Ehefrau die Befugniß einräumt, Alles zu sich zu nehmen, was ihr auf den Fall, wenn der Mann vor ihr gestorben wäre, von Geding oder von Rechtswegen gebührt hätte, so hat es damit keineswegs für die Ehescheidung eine durchgreifende Rechtsfiktion des Todes auf Seite des Ehemannes und den Fall eines Erbganges geschaffen, sondern nur der Aufhebung und Sonderung der Vermögensverhältnisse, wie sie in der Ehe nach dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterstande bis zum wirklichen Tode eines Ehegatten in Geltung sich befunden haben, Ausdruck gegeben. Es geht dieß aus der Vorschrift, welche der obigen Bestimmung des §. 43 Nr. 1 weiter beigefügt ist, wie auch aus den Erläuterungen in den Anmerkungen zu dieser Gesetzesstelle zweifellos hervor.

Was die letzteren betrifft, so sprechen zwar die Ausführungen in Leyser's Meditationen Spez. 579, auf welche Freiherr von Kreittmayr Bezug nimmt, in jenen Orten, in welchen nach dem bestehenden Partikularrechte dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht in weiterem Umfange, als das römische Recht ein solches zuläßt, oder ein besonderer Erbantheil eingeräumt ist, dem unschuldigen Ehegatten bei der Ehescheidung jene Vermögenstheile zu, welche dieser bei dem Todesfalle des schuldigen

Digitized by Google

Ehegatten erhalten hätte; aber es ist hier blos von der gesetzlichen Erbfolge die Rede und keineswegs eine unbedingte Rechtsfiktion des Todes des schuldigen Theiles aufgestellt, sondern nur die Vermögensstrafe begründet, die dem unschuldigen Gatten als Entschädigung für den Entgang der Erbfolge zukommen soll. Daß der schuldige Theil als vorabgestorben angesehen werde, soll nur in der Einschränkung auf den Zweck gelten, daß dem schuldigen Theile die Möglichkeit benommen werde, den anderen Ehetheil in den Verlust des ihm nach den Gesetzen gebührenden Erbantheiles, der ihm weder durch letzten Willen noch durch Vertrag entzogen werden kann, durch den Ehebruch zu versetzen, und auf diese Weise durch ein Delikt für den unschuldigen Theil eine ungünstigere Lage herbeizuführen. (Leyser a. a. O. Spec. 579, Nr. VI).

Es handelt sich daher nach dieser Auffassung nicht um eine rechtliche Folge der Ehetrennung, sondern um eine Vermögensstrafe, deren Betrag sich nach dem Umfange des Intestaterbrechtes des unschuldigen Ehegatten bemißt. In der Anwendung auf das bayer. Landrecht geht auch von Kreittmayer nach Inhalt der Anmerkungen über die ehelichen Güterstandesverhältnisse, wie sie sich nach dem Ehevertrage oder ohne solchen nach dem Gesetze gestalten, nicht hinaus, und er erörtert die Folgen der Scheidung und die Vermögensstrafen nur nach Maßgabe der landrechtlichen Bestimmungen des §. 35 Th. I Kap. VI und flg., welche voraussetzen, daß durch einen Erbvertrag eine Vorsehung nicht getroffen wurde.

Er verweist dabei auf die Quelle der Vorschriften des Landrechtes, nämlich auf das Landrecht von 1616 Tit. 1 Art. VI, welches eine unbedingte Rechtsfiktion des Todes für den bezeichneten Fall gleichfalls nicht kennt, und gibt, indem er unter

Digitized by Google

Ziff. 1 der Anmerkungen a. a. O. die Giltigkeit der Schenkungen, welche die Ehefrau von dem schuldigen Ehemanne erhalten hat, in der Schwebe beläßt, bis solche durch den wirklichen Tod des Schenkers bestätigt oder ausdrücklich von ihm widerrufen werden, deutlich kund, daß bei der Aufstellung, der schuldige Theil werde in Ansehung des anderen gleichsam für abgestorben erachtet, keineswegs die völlige Gleichstellung der Vermögensverhältnisse mit dem Eintritte des wirkliches Todes des einen Ehegatten in's Auge gefaßt sei.

Mit einer Rechtsfiktion des Todes ist es aber nicht minder unvereinbar, wenn das Gesetz verordnet, daß außer der Zutheilung desjenigen, was der Ehefrau von Geding oder von Rechtswegen gebührt hätte, weiter noch aufgehoben werde, was sie dem Manne durch letztwillige Verfügung zugedacht hat; denn gegenüber der Kraft einer Rechtsfiktion des Todes konnte es dieser besonderen Bestimmung nicht bedürfen; und es läßt sich ebensowenig die Vorschrift, daß die Ehefrau zu sich nehme, was ihr von Geding gebührt, auf einen wechselseitigen Erbvertrag anwenden, weil neben derselben die weitere Bestimmung dessen, was sonst noch von dem Vermögen des Mannes ihr zufalle, als völlig überflüssig ohne Bedeutung bliebe. Unter dem Geding kann daher hier nur ein Ehevertrag verstanden werden, und der Einklang der gesetzlichen Anordnungen des §. 43 Nr. 1 a. a. O. in ihren einzelnen Theilen steht fest, wenn die Auslegung auf das Maß der Grundsätze des römischen und kanonischen Rechtes [1]), denen die Bestimmungen des Landrechtes von 1616 wie die benannten des geltenden Gesetzes

[1]) Nach diesen könnte sich die Ehefrau, selbst wenn der Mann nach der Trennung wirklich verstorben wäre, nicht mehr auf den Erbvertrag berufen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 326. — Note des Einsenders.

Digitized by Google

im Wesentlichen mit Ausnahme einzelner statutarischen Abweichungen entnommen sind, zurückgeführt wird.

Insoferne es sich daher bei den vom Landrechte für die Ehescheidung festgesetzten Wirkungen nur um die Sonderung des Vermögens nach dem gesetzlich oder vertragsmäßig unter den Ehegatten bestandenen Güterstande unter Eintritt gewisser Vermögensstrafen und um die Aufhebung der von dem unschuldigen Ehegatten durch letztwillige Verfügung dem schuldigen Theile gemachten Zuwendungen, in keiner Weise aber um den Fall eines Erbganges und um die Beerbung des schuldigen Gatten handelt, kann nur der zwischen den Streittheilen abgeschlossene Ehevertrag maßgebend sein, und die Ehefrau aus dem beigefügten Erbvertrage für die Erwerbung des Gesammtvermögens des Ehemannes nach dem Stande der Trennungszeit einen Anspruch nicht ableiten."

OAGE. v. 3. März. 1868 RNr. $685^{66}/_{67}$.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung wegen betrüglicher Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über die Gewährung eines Nachlasses an einer Schuldforderung ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der betreffenden Urkunde stattgefunden hat.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Fürth leitete gegen den Handelsmann H. W. von Fürth strafrechtliche Untersuchung ein, welche dahin gerichtet ist, daß H. W. am 5. Februar 1866 dem Bauerssohn J. M. von Klingen, der ihm an diesem Tage sein hypothekarisch versichertes Elterngut von 8350 fl. cedirt hatte, eine auf den 4. Februar 1866

Digitized by Google

lautende von ihm — H. W. — geschriebene Urkunde mit dem Bemerken vorlegte, daß dieselbe nur eine Quittung über eine Abschlagszahlung von 200 fl. an der Cessionsvaluta sei, hiebei aber verschwieg, daß diese Urkunde auch den Passus „4000 fl. Nachlaß" enthielt, und hiedurch betrügerischer Weise den J. M. veranlaßte, durch seine Unterschrift auch diesen angeblichen Nachlaß zu bestätigen; daß ihn ferner H. W. auf gleiche Weise am 4. Febr. 1866 zu Aichach, am 5. März zu Augsburg und am 16. September 1866 wiederholt zu Aichach zur Unterzeichnung von drei weiteren Quittungen über geleistete Abschlagszahlungen, in welchen jedesmal der obenerwähnte Nachlaß konstatirt war, betrügerischer Weise bewog, und daß H. W. von J. M. bei dem Bezirksgerichte Fürth auf Bezahlung des Restes der Cessionsvaluta von 6950 fl. belangt, in seiner Vernehmlassung obige Quittungen abschriftlich produzirte und unter Bezugnahme auf dieselben nur mehr 2950 fl. schuldig zu sein behauptete.

Nach durchgeführter Voruntersuchung verwies das k. Bezirksgericht Fürth die Sache an das k. Bezirksgericht Aichach zur Beschlußfassung, weil die Urkunde vom 4. Febr. 1866, welche die Grundlage gegenwärtiger Untersuchungssache bilde, den gepflogenen Erhebungen nach in Aichach unterzeichnet worden sei, und durch diese Unterzeichnung das Verbrechen des Betruges indizirt erscheine.

Nachdem hierauf das k. Bezirksgericht Aichach durch Beschluß vom 11. März 1868 die Sache an das k. Appellationsgericht von Oberbayern verwiesen hatte, erachtete letztgenannter Gerichtshof sich und beziehungsweise das k. Bezirksgericht Aichach zur Beschlußfassung über die geführte Untersuchung nicht für zuständig, weil das hier in Frage stehende Verbrechen des Betruges in Aichach, woselbst J. M. die erste Urkunde unterschrieb, nur vorbereitet, in

Digitized by Google

Fürth dagegen durch Gebrauch der fraglichen Quittungen vollendet worden sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß zwar nach Art. 314 des StGB. der Betrug erst dann vollendet ist, wenn die Benachtheiligung des Betrogenen an seinem Vermögen eingetreten ist, daß aber ein solcher Vermögensnachtheil bei dem Aufgeben eines Rechtes von Seite des Betrogenen für diesen schon mit Unterzeichnung der den nachtheiligen Vertrag enthaltenden Urkunde, sohin im Sinne der gegenwärtigen Anschuldigung mit Unterzeichnung der den Nachlaß von 4000 fl. an der Cessionsvaluta konstatirenden Urkunde vom 4. Februar 1866 als existent erscheint;

daß im vorliegenden Falle die Anschuldigung darauf gerichtet ist, H. W. habe den J. M. zur Unterzeichnung der fraglichen Urkunde in Aichach betrüglich verleitet, und daß daher die richterliche Würdigung dieser Handlung zur Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Aichach und beziehungsweise des Appellationsgerichtes von Oberbayern kompetirt; aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung in dieser Sache das k. Appellationsgericht von Oberbayern zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 19. Mai 1868, UB. Nr. 102.

2.

Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstespräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat.

Bei dem auf der Festung Würzburg detachirten Divisionskommando des k. 15. Infanterie-Regimen-

tes König Johann von Sachsen kam gegen den dienstpräsenten Soldaten Friedrich Bleicher zur Anzeige, daß er für den Schanzsträfling Adam Adolf ein paar Bundschuhe verkauft, den Erlös hievon aber für sich verwendet habe. Der hierüber vernommene Adolf werthete die Schuhe auf 3 fl., so daß also eine strafgesetzliche Uebertretung der Unterschlagung indizirt war. Bleicher wurde, noch ehe er vor dem Militärgerichte deshalb verhört wurde, beurlaubt, und übermittelte hienach das 15. Inf.-Reg. die Sache an das k. Landgericht Weißenburg zur weiteren Verfügung.

Dieses Gericht erkannte jedoch seine Zuständigkeit zur Einschreitung gegen Bleicher deshalb nicht an, weil es nur wegen der von den Soldaten im Urlaube verübten Uebertretungen dieselbe für gegeben erachtete, während das 15. Inf.-Reg. nicht den Zeitpunkt der Begehung der That, sondern die Thatsache für die Zuständigkeit entscheidend bezeichnete, ob der Beschuldigte zur Zeit der Einschreitung gegen ihn unter den Waffen stehe. Nebstdem stützte das Landg. Weißenburg seine Inkompetenz darauf, daß das Regiment in dieser Sache schon Untersuchungshandlungen vorgenommen habe.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß die Einschreitung gegen Militärpersonen in allen Verbrechens- und Vergehensfällen den Militärgerichten zusteht und sich diese Zuständigkeit auch auf die Polizei-Uebertretungen derselben in der Regel erstreckt; in Ansehung dieser daher den Civilstrafgerichten, wie in der allerhöchsten Verordnung vom 17. Dez. 1825, den Wirkungskreis ꝛc. der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr., §. 29 (Reg.-Bl. S. 1067) konstatirt ist, nur in-

soferne als es sich um beurlaubte Soldaten handelt, eine Kompetenz hiezu ausnahmsweise eingeräumt ist;

daß das Verfahren in strafgesetzlichen Uebertretungssachen mit dem Verfahren in Polizei-Uebertretungen nach Inhalt des Einführungsgesetzes zum Straf- und Polizei-Straf-Gesetze vom Jahre 1861 im Wesentlichen gleichgestellt, insbesondere aber die beiderseitigen Kompetenzverhältnisse ganz gleich regulirt sind;

daß die Einschreitung in Uebertretungs- und Polizei-Uebertretungssachen bei den Civil-Strafgerichten mit der gegen die Beschuldigten entweder sogleich unmittelbar erlassenen und ihnen mitgetheilten Strafverfügung oder mit der Vorladung derselben zur öffentlichen Sitzung, bei den Militärgerichten dagegen nach den militärischen Vorschriften mit dem Verhöre des Beschuldigten beginnt[1]);

daß Bleicher nach Verübung der ihm zur Last gelegten That während seiner militär-dienstlichen Präsenz hierüber noch nicht vernommen worden, die Einschreitung demnach gegen denselben nun während seines Urlaubes veranlaßt ist, in Bezug auf diese also nicht das Militär- sondern das betreffende Civil-Strafgericht gegen Friedrich Bleicher vorzugehen hat.

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zum Verfahren gegen den beurlaubten Soldaten Friedrich Bleicher das bürgerliche Strafgericht zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 4. Juni 1868, UB. Nr. 103.

---

[1]) Vgl. Bl. f. RA. Erg.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 37.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 4. Juli 1868. 33. Jahrgang. No. 14.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobiliarkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde. Art. 14 des Notariatsgesetzes. — In wieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung?

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobiliarkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde. Art. 14 des Notariatsgesetzes.

E. H. hatte an M. B. ein Anwesen verkauft. Laut der hierüber aufgenommenen Notariatsurkunde vom 26. Febr. 1864 betrug der Kaufschilling 8400 fl., welche in bestimmten Fristen abzutragen waren. Nach Verfall der letzten Frist stellte der Verkäufer am 17. Okt. 1865 eine Exekutivklage gegen den Käufer auf Entrichtung der im Rückstande befindlichen 2000 fl. Beklagter wendete ein, daß er die vollen 8400 fl. bezahlt habe, wurde aber mit dieser Einwendung ad separatum verwiesen und zur Bezahlung der eingeklagten 2000 fl. verurtheilt, worauf er, nachdem er 2000 fl. gerichtlich hinterlegt hatte, auf deren Zurückerstattung im Wege des ordentlichen Prozesses Klage erhob, indem er schon vor Erheb-

Digitized by Google

ung der Exekutivklage den vollen Kaufschilling bezahlt, die fraglichen 2000 fl. sonach indebite hinterlegt habe.

Zum Nachweise dieser Behauptung stützte er sich auf die eigenen Bekenntnisse des Beklagten, welcher nun allerdings zugab, 8400 fl. im Ganzen, jedoch seit Errichtung der Notariatsurkunde nur 6400 fl. und die weiteren 2000 fl. schon vorher erhalten zu haben.

Der Kaufschilling habe nämlich nach mündlicher Vereinbarung 10400 fl. betragen. Der Käufer habe ihm, dem Verkäufer, sogleich 2000 fl. bezahlt, und erst nach dieser Zahlung und wegen derselben seien sie übereingekommen, zur Notariatsurkunde nur einen Kaufschilling von 8400 fl. zu verlautbaren, so daß hier also die bezahlten 2000 fl. außer Ansatz geblieben seien. Eine Herabsetzung des Kaufschillings von 10400 fl. auf 8400 fl. habe jedoch nicht stattgefunden, indem nach Inhalt der Not.-Urkunde der verlautbarte Kaufschilling von 8400 fl. als gänzlich unbezahlt behandelt und in verschiedene erst noch zu zahlende Fristen zerlegt worden sei.

Der Kläger gab zu, daß laut mündlicher Uebereinkunft der Kaufschilling 10400 fl. betragen habe; hielt sich aber an den Inhalt der Notariatsurkunde und behauptete, daß die Zahlung der fraglichen 2000 fl. erst nach Errichtung jener Urkunde erfolgt sei, weshalb er sie auf die beurkundeten 8400 fl. verrechnen könne.

Bei dieser Sachlage legte der oberste Gerichtshof dem Kläger den Beweis auf: „daß er vor der am 17. Okt. 1865 erhobenen Exekutivklage auf den Grund der notariellen Kaufsurkunde vom 26. Febr. 1864 die hierin bedungene Kaufschillingssumme von 8400 fl. an den Beklagten bezahlt habe."

Die Gründe sind folgende:

Digitized by Google

„Mit Hinzurechnung jener 2000 fl., welche Beklagter schon vor Errichtung der Not.-Urkunde erhalten haben will, würde Kläger allerdings 8400 fl. Kaufpreis bezahlt haben, und es frägt sich nur, ob diese Summe auf den im Not.-Akte bestimmten Kaufpreis verrechnet werden dürfe, auch wenn sie früher schon auf den Beklagten übergegangen war, gerade zu dem Zwecke, um ihn in den Besitz der 2000 fl. zu setzen, um welche der Kaufpreis im Notariatsakte niedriger eingesetzt wurde, als es bei dem außeramtlichen Uebereinkommen verabredet war.

Nach Art. 14 des Not.-Ges. kann es nun zwar keinem Zweifel unterliegen, daß die ursprüngliche mündliche Uebereinkunft der Parteien nichtig war und weder für die eine noch die andere eine Klagerecht begründete. Allein es handelt sich auch hier nicht um eine Klage auf Vollziehung jener Verabredung, sondern Kläger fordert das in Folge derselben Bezahlte mit der condictio indebiti zurück; er hat daher auch darzuthun, daß alle Erfordernisse dieser Klage, wie sie das bayerische Landrecht Th. IV Kap. XIII §. 5 und 6 verlangt, gegeben sind.

Wäre der Kaufvertrag überhaupt nicht notariell beurkundet, also formell in den Augen des Gesetzes nicht zu Stande gekommen, so würde jene Zahlung allerdings irrthümlich, nämlich in der Voraussetzung des wirklichen Zustandekommens desselben, das nicht eingetreten, geleistet worden sein. Der Vertrag wurde aber formell giltig aufgenommen; es ist darin nur der Kaufpreis — und zwar gerade mit Rücksicht auf die bereits bezahlten 2000 fl., wie Beklagter behauptet, — niedriger eingestellt worden, als er ursprünglich verabredet war, und der Kläger hatte hauptsächlich ein Interesse dabei, daß dieß geschah. Hienach aber hätte dieser die fraglichen 2000 fl. weder irrthümlich, noch indebite bezahlt, da zur Bezahlung dieser Summe jedenfalls eine obli-

gatio naturalis auf seiner Seite bestand und er auch nicht der Meinung sein konnte, er bezahle eine Schuld, zu deren Tilgung er in keiner Weise verpflichtet war.

Waren daher die 2000 fl. wirklich in der von dem Beklagten behaupteten Art und Zeit an ihn bezahlt worden, so kann sie Kläger weder zurückfordern, noch auf den im Notariatsakte verbrieften Kaufpreis von 8400 fl. als Zahlung verrechnen und er muß deßhalb, da Beklagter nur 6400 fl. als vor dem 17. Oktober 1865 darauf bezahlt zugesteht, Tilgung des ganzen Kaufpreises vor diesem Zeitpunkte darthun."

OAGErk. v. 17. Febr. 1868 RNr. $1339^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird nicht zu bezweifeln sein, obwohl die Abfassung der Entscheidungsgründe noch manchem Zweifel Raum geben dürfte.

Wurden die fraglichen 2000 fl. vor Errichtung der Notariatsurkunde bezahlt, so liegt die Simulation klar zu Tage; denn es läßt sich schlechterdings nicht annehmen, daß sich die Kontrahenten bei der Beurkundung auf eine Minderung des Kaufschillings von 10,400 fl. auf 8400 fl. vereinigt haben, indem sonst die Zahlung von 2000 fl. in der Urkunde sicher nicht mit Stillschweigen umgangen, sondern quittirt, und in derselben nicht die Verbindlichkeit der vom Käufer in bestimmten Fristen erst noch zu bezahlenden vollen Kaufsumme von 8400 fl. festgesetzt worden wäre.

Hienach konnte der Käufer durch die vor der Errichtung der Notariatsurkunde bezahlten 2000 fl. unmöglich eine Zahlung an den beurkundeten 8400 fl. zu leisten beabsichtigt haben, weshalb er (bayer. LR. Th. IV Kap. XIV §. 1 — vergl. Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 287 Nr. 3) jene

Digitized by Google

Zahlung nicht ohne Weiteres als Zahlung an den beurkundeten 8400 fl. geltend machen durfte; gleichwohl aber mußte ihm unbenommen sein, jene 2000 fl. an dem beurkundeten Kaufschillinge zu kompensiren, wenn er zu einer Zurückforderung derselben berechtigt war.

Diese Berechtigung hat der oberste Gerichtshof, indem er die Frage unter den Gesichtspunkt der condictio indebiti stellte, deshalb nicht anerkannt, weil die Zahlung nicht aus einem Irrthume geschehen, und weil überdies auch eine obligatio naturalis [1]) zu derselben vorhanden gewesen sei.

Hiedurch ist aber die Sache nicht erschöpft; denn es bleibt noch die Frage, ob hier nicht die condictio sine causa begründet wäre, da diese in Verhältnissen, in welchen eine andere Condictio nach ihren besonderen Erfordernissen nicht zulässig ist, bekanntlich zur Ergänzung dient, und insbesondere auf Zurückforderung desjenigen, was aus einem formell oder materiell nichtigen Rechtsgeschäfte geleistet wurde, angestellt werden kann. Bayer. LR. Th. IV Kap. XIII §. 9, Anmerk. lit. b, — fr. 6 de don. int. vir. (24, 1), fr. 21 in fine de donat. (39, 5), fr. 23 §. 2 de cond. indeb. (12, 6).

Hienach wäre, da die blos mündlich abgeschlossene Uebereinkunft nichtig ist, das Rückforderungsrecht des Klägers allerdings begründet; da aber

---

[1]) Daß eine zur Zahlung bestehende obligatio naturalis die condictio indebiti ausschließe, ist wohl richtig; mit der Frage aber, ob hier eine obligatio naturalis auch wirklich bestanden habe, begibt man sich auf ein äußerst bestrittenes Feld. Vergl. Weber, über die natürliche Verbindlichkeit §. 75 u. 76 (Ausg. II S. 333 ff.) und Savigny, Oblig.-Recht Bd. I S. 53, 108, 126.

Digitized by Google

diese nichtige Uebereinkunft nicht als bloße Nebenabrede zu einem giltigen Vertrage zu betrachten, vielmehr nicht sie allein, sondern wegen Simulation (wie dieses schon früher gezeigt wurde, siehe oben S. 187 nebst den dort angeführten Autoritäten) das ganze Geschäft, sohin auch der beurkundete Vertrag nichtig ist, so gestaltet sich die Frage des klägerischen Rückforderungsrechtes in ganz anderer Weise.

Der Kläger kann die fraglichen 2000 fl., welche er nach eigener Behauptung als einen Theil des Kaufschillinges bezahlt hat, nicht als sine causa gegeben bezeichnen, so lange sich das von ihm angenommene Kaufsobjekt in seinen Händen befindet und er nicht wenigstens die Rückgabe desselben anbietet; und da der Umstand, daß zwischen der mündlichen und urkundlichen Willenserklärung die nöthige Uebereinstimmung mangelt, die Sache nicht so ansehen läßt, als ob zwei besondere Käufe vorhanden wären, sondern immer nur ein einziger Kauf gegeben ist, so ist Käufer, welcher allerdings das ganze Geschäft als nichtig hätte bekämpfen können, im völligen Unrechte, wenn er verlangt, daß man den nämlichen Vertrag, so weit er ihm zusagt, als giltig, und so weit er ihm nicht zusagt, als nichtig erkenne; fr. 39 §. 1 de oper. liber. (38, 1): „non debet quis ex parte obligationem comprobare, ex parte tamquam de iniqua queri.“

Wollte etwa gefragt werden, ob hier nicht die condictio ob turpem causam begründet wäre, so müßte auch dieses auf das Entschiedenste verneint werden; denn wenn schon die Verhältnisse, unter welchen die fraglichen 2000 fl. gegeben worden sein sollen, die Umgehung eines zwingenden Gesetzes und die Verkürzung eines gesetzlich begründeten Staatsgefälles begünstigten, indem sie den Empfänger

gegen die Gefahren der Simulation schützen sollten, so wurden sie doch nicht zu diesem unsittlichen Zwecke, sondern immer nur als Kaufschilling gegeben. Aber wenn man auch so weit gehen könnte, wegen jener Verhältnisse hier eine zu einem unsittlichen Zwecke geschehene Hingabe anzunehmen, so läge doch die Unsittlichkeit auf beiden Seiten, wodurch die Kondiktion um nichts weniger ausgeschlossen wäre. Bayer. LR. Th. IV Kap. XIII §. 8, — fr. 3 et 8 de cond. ob turp. causam (12, 5) const. 2 et 5 h. t. (4, 7).

Vergleicht man die neuerliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes mit früheren Erkenntnissen desselben, so ergibt sich mit den Erkenntnissen vom 1. März und vom 16. Juli 1867, (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 245 und 368) kein Widerspruch; denn im ersteren Falle war die Tauschaufgabe von 1128 fl. noch nicht bezahlt, und der auf Bezahlung derselben gerichteten Klage konnte begreiflich nicht stattgegeben werden; im letzteren Falle aber war die Löschungsverbindlichkeit schon deshalb auszusprechen, weil es dem Käufer freigestellt blieb, die erst nach der Errichtung der Notariatsurkunde geleistete Zahlung auf die eine oder die andere Schuld zu beziehen, und weil, wenn hierüber nichts festgesetzt wurde, die Zahlung der hypothezirten vor der nicht hypothezirten Schuld anzunehmen war. Bayer. LR. Th. IV Kap. XIV §. 14 Nr. 2, — fr. 4, 5 pr. u. 97 de solut. (46, 3).

Unvereinbar mit der neuerlichen Entscheidung ist aber das Erkenntniß vom 24. Dez. 1866 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 139).

In v. Zink's Kommentarsnachtrag S. 68 wird zwar zur Vertheidigung dieses Erkenntnisses angeführt, man könnte wohl sagen, es sei, da die mündliche Abrede über einen Kaufschilling von 5400 fl. die ältere und die notariell verlautbarte

Digitized by Google

über 4500 fl. die jüngere gewesen, jene durch diese abgeändert worden; jedenfalls hätte der Verkäufer, wenn er sich einen Kaufpreis von noch weiteren 4500 fl. bedingen wollte, deutlicher reden sollen; und da dieser selbst erkläre, den beurkundeten Vertrag nicht angreifen zu wollen, so habe er auf einen Kaufschilling von 5400 fl. kein klageweise verfolgbares Recht.

Von Herabsetzung des Kaufschillings kann aber nicht die Rede sein, da laut der Notariatsurkunde 4500 fl. erst noch zu bezahlen waren, hierunter also die bereits bezahlten 900 fl. jedenfalls nicht begriffen sein konnten. Aus diesem nämlichen Grunde ist auch nicht anzunehmen, der Verkäufer habe es an Deutlichkeit seiner Rede fehlen lassen.

Bei dem beurkundeten Vertrage beharrte der Verkäufer nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß er die vorher bezahlten 900 fl. behalten dürfe. Er verlangte in seiner Klage auch nur die an den beurkundeten 4500 fl. noch fehlenden 900 fl. und nun fragte es sich, ob der Käufer die vorher bezahlten 900 fl. als Zahlung der eingeklagten 900 fl. geltend machen, d. i. ob er die vorherbezahlten 900 fl. kondiziren und gegen die eingeklagten kompensiren dürfe. Hier steht ihm aber alles Dasjenige entgegen, was in dem heute mitgetheilten Falle dem Kläger entgegensteht.

Rm.

2.

Inwieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung?

Mit dieser interessanten und manche Schwierigkeit bietenden Rechtsfrage war der oberste Gerichts-

Digitized by Google

hof in einem Erkenntnisse vom 21. Febr. 1868 (Reg.-Nr. 22) befaßt. Die bei aller Tiefe höchst einfach und klar durchgeführten Entscheidungsgründe sagen hierüber Folgendes:

„Die mit staatlicher Genehmigung gegründete Aktiengesellschaft X. zu M. gehört zwar nicht zu denjenigen Erwerbsgesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, aber es findet dennoch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch und eventuell das am Sitze der Gesellschaft geltende Civilrecht auf die Rechtsverhältnisse derselben Anwendung, weil schon ursprünglich bei der im Januar 1866 erfolgten schriftlichen Einladung zur Aktienzeichnung bekannt gegeben wurde, daß in den nicht besonders vereinbarten Punkten genau nach den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches verfahren werde, auch aus der Abfassung der Subskriptionsliste hervorgeht, daß die Subskribenten im Falle Zustandekommens der projektirten Gesellschaft mit den eingezeichneten Aktienbeträgen nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches an diesem Unternehmen sich betheiligen.

Nun ist zwar

I. über die unter den Parteien zunächst streitige Frage, ob vom Aktienzeichner durch die bei Eröffnung der Subskription vorgenommene Einzeichnung ein bindendes und unwiderrufliches Versprechen auf seinerzeitige Leistung des gezeichneten Aktienantheiles gegeben werde, eine direkte Bestimmung im Handelsgesetzbuche nicht enthalten, aber es liegt jedenfalls im Wesen der Aktiengesellschaft, daß ihrer Konstituirung vorbereitende Handlungen vorangehen, welche die Gewißheit begründen, daß das zur Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes für nöthig befundene, schon bei der Subskription in bestimmter Höhe festzusetzende Grundkapital durch verbindliche

Digitized by Google

Versprechungen der erforderlichen Anzahl von Theilnehmern zusammengebracht sei. Ohne diese Grundlage ist die Errichtung einer Aktiengesellschaft nicht ausführbar, weil die Theilnehmer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur im Betrage ihrer Einlagen haftbar sind, mithin schon von vorneherein zu erklären haben, bis zu welchem Betrage sie sich zur Aufbringung des in bestimmter Summe veranschlagten Gesellschaftsvermögens verpflichten.

So wie es daher einerseits in der Absicht der Unternehmer einer solchen Vereinigung liegt, auf dem Wege der Subskription verbindliche Zusagen für die Betheiligung am Projekte zu gewinnen, so muß auch auf Seite der Subskribenten schon in der Thatsache des Einzeichnens der bestimmt ausgedrückte Wille erblickt werden, für die Betheiligung am Kapitale des projektirten Vereines rechtsverbindliche Zusagen zu ertheilen.

Dieser Rechtssatz hat auch die Anerkennung der Doktrin für sich und entspricht dem aus der Natur der Sache entstehenden Rechtsbewußtsein der Betheiligten, welche sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß die Gründung eines Aktienunternehmens vorzugsweise durch die verbindliche Kraft der Aktienzeichnungen bedingt ist. Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften §. 20—25.

Zwar wird durch die vom Aktienzeichner dem Unternehmer gegebene Zusage nicht der letztere selbst, sondern nur der zu konstituirende, bei Ertheilung der Zusage allein in Berücksichtigung gezogene Aktienverein unmittelbar berechtigt; allein wenn auch durch diesen vorbereitenden Vertrag nur für einen Dritten Rechte erworben werden, so kann sich doch aus diesem Grunde vom Promittenten nicht auf die Ungiltigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes berufen werden. Nach bayer. Landrecht Th. IV Kap. I §. 13

kann auch für Dritte in so weit giltig stipulirt werden, als ihnen dieses nützlich sein mag und nach der Hand ratifizirt oder angenommen wird, und zwar mit der Wirkung, daß bis zur erfolgten Annahme der einseitige Rücktritt vom Vertrage nicht gestattet ist, sondern, wie die Anmerkungen erläutern, zur Auflösung des Vertrages auch hier die übereinstimmende Willenserklärung der in Ansehung des Dritten kontrahirenden Theile vorausgesetzt wird.

Daß der Aktienverein im Zeitpunkte der Aktienzeichnung noch nicht als Rechtssubjekt besteht, ist für die Giltigkeit des vorbereitenden Vertrages gleichfalls ohne Einfluß, weil der Subskribent seine Theilnahme nur unter der Bedingung erklärt, daß der projektirte Verein wirklich zur Existenz gelangen werde.

Der Beklagte macht daher mit Unrecht geltend, daß er durch den noch vor Konstituirung der Aktiengesellschaft einseitig erklärten Rücktritt sich jeder aus der Aktienzeichnung entspringenden Verbindlichkeit entledigt habe; vielmehr ist derselbe, da die projektirte Aktiengesellschaft sich konstituirt, damit aber das durch die Subskription zusammengebrachte Grundkapital in sich aufgenommen hat, an das durch die schriftliche Einzeichnung abgegebene Betheiligungsversprechen unwiderruflich gebunden.

Deshalb konnte der primären auf Entbindung von der Klage gerichteteten Revisionsbitte nicht entsprochen werden.

II. Eventuell will der Beklagte den der Klägerin über die geschehene Einzeichnung aufgelegten Beweis auf die Thatsache erstreckt wissen, daß die Einladung zur Aktienzeichnung von einem provisorischen Komité ausgegangen sei. In der schriftlichen Einladung zur Aktiensubskription ist allerdings ein provisorisches Komité als Projektant des Unternehmens genannt und in dieser Einladung Kauf-

Digitized by Google

mann F. S., welcher die vom Beklagten angeblich gemachte Einzeichnung entgegengenommen hat, nur in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten des Komité unterschrieben. Gleichwohl ist eine besondere Beweisauflage über die Legitimation dieses Bevollmächtigten überflüssig, weil der Beklagte seinen Rücktritt dem provisorischen Komité und nicht dem F. S. schriftlich anzeigte, damit aber selbst anerkannte, daß er sein durch die Einzeichnung gemachtes Versprechen dem zur Gründung der Gesellschaft zusammengetretenen Komité abgegeben habe.

III. Die zweite eventuelle Beschwerde des Beklagten besteht darin, daß er zum Beweise seiner Einrede nicht zugelassen wurde. Der Beklagte will nämlich die Einzeichnung an die mit F. S. mündlich vereinbarte Bedingung geknüpft haben, daß ohne seine Beiwohnung und Zustimmung bei der konstituirenden Versammlung eine Verbindlichkeit für seine Zeichnung nicht entstehen soll. Allein diese Einwendung war zu verwerfen, weil nach Art. 208 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, wenn man die betreffenden Bestimmungen in ihrem Zusammenhange auffaßt, zur Giltigkeit der Aktienzeichnung eine schriftliche Erklärung nothwendig ist. Wollte daher der Beklagte die Verbindlichkeit seiner schriftlichen Einzeichnung an gewisse Vorbehalte knüpfen, so mußte er, um seine Zusage als eine bedingte erscheinen zu lassen, auch hiezu der schriftlichen Form sich bedienen, und er kann, da er solches nicht gethan, gegenüber der konstituirten Gesellschaft auf mündliche Vereinbarungen nicht mehr zurückgreifen.

IV. Von Erheblichkeit dagegen ist die dritte eventuelle Beschwerde des Beklagten, daß ihm über die Behauptung der nicht eingetretenen Aufbringung des zur Errichtung der Gesellschaft nothwendigen Aktienkapitales die Beweisführung versagt worden ist.

Digitized by Google

Schon oben wurde bemerkt, daß die Aktiengesellschaft ohne ein bestimmtes, zur Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes im Voraus veranschlagtes Grundkapital nicht entstehen könne, weil nicht das Vermögen der Mitglieder, sondern nur das Gesellschaftsvermögen für die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten zu haften hat. Dieses Grundkapital, dessen Aufbringung auch in den Art. 209, 210, 240 und 248 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als wesentliche Vorbedingung einer Aktiengesellschaft vorausgesetzt wird, darf nicht blos dem Namen nach bestehen, sondern muß, damit für das Unternehmen eine materielle Grundlage geschaffen werde, durch wirkliche Einzahlung oder durch Versprechen, die Einzahlung leisten zu wollen, in der planmäßigen Anzahl von Aktien zusammengebracht sein. So lange die planmäßige Aktienzahl nicht untergebracht ist, kann die Aktiengesellschaft zur Perfektion nicht gelangen. Konstituirt sich daher der Aktienverein, ohne daß das veranschlagte Grundkapital vollständig durch Einzeichnungen gedeckt ist, dann liegt ein anderes als das projektirte Unternehmen vor, und die nicht vollzählig gewordenen Subskribenten sind gegen ihren Willen an die Zeichnung nicht mehr gebunden. Renaud a. a. O. §. 5, 20, 23.

Bei der im Januar 1866 ergangenen schriftlichen Einladung wurde den Subskribenten eröffnet, daß zur Aufbringung des für Herstellung der nöthigen Gebäude erforderlichen Kapitales eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapitale von 100,000 fl. gebildet werden soll, wovon 15—20000 fl. als Reserve für etwaige Vergrößerung der Gebäude ꝛc. bestimmt sind. Jeder diesem Programme durch Subskription beitretende Theilnehmer mußte daher die Erwartung hegen, daß ein Aktienkapital im Betrage von mindestens 80,000 fl. gezeichnet und die Ge-

Digitized by Google

sellschaft vor Aufbringung dieses Kapitales nicht zu Stande kommen werde. An dieser Basis haben auch die später im April 1866 vom provisorischen Komité entworfenen Gesellschaftsstatuten festgehalten, indem gemäß §. 5 dieser Statuten das Grundkapital auf 100,000 fl., zerlegbar in 1000 Stücke Inhaberaktien à 100 fl., festgesetzt und im §. 9 bestimmt worden ist, daß für den Fall, daß das gesammte Kapital nicht in Aktien untergebracht werden könnte, das Aktienkapital nur 80,000 fl. betragen, die Gesellschaft dagegen nach Befund der Umstände zur Aufnahme eines Prioritätsanlehens von 20,000 fl. ermächtigt sein soll.

Erst am Schlusse dieser Statuten findet sich im §. 33 unter den transitorischen Bestimmungen der die Grundlage der Gesellschaft wesentlich alterirende Beisatz eingeschaltet, daß das provisorische Komité nach erlangter staatlicher Genehmigung der Statuten die sämmtlichen Aktiensubskribenten zur ersten Generalversammlung behufs förmlicher Konstituirung der Gesellschaft einlade, sobald die Hälfte des Grundkapitales durch Subskription gedeckt sein wird. Dieser Beisatz ist im Programme nicht enthalten, sondern tritt erst in den Statuten als eine neue, nach der Subskription des Beklagten ins Leben gerufene Vertragsbestimmung hervor. Im Programme ist die Einberufung der konstituirenden Generalversammlung nur an die Bedingung geknüpft worden, daß durch eine entsprechende Anzahl von Aktien das Zustandekommen des Unternehmens gesichert erscheinen wird; davon aber, daß man das Unternehmen auch dann als gesichert betrachte, wenn nicht wenigstens der nach Abzug der Reserve verbleibende Rest von 80,000 fl. Grundkapital gedeckt sein werde, ist im Programme nichts erwähnt worden. Bei dieser allgemein gehaltenen Sprachweise des Programmes mußte und durfte demnach jeder im guten

Digitized by Google

Glauben handelnde Subskribent von der Meinung ausgehen, daß ohne Aufbringung von mindestens 80,000 fl. Grundkapital an eine Sicherung des Unternehmens überhaupt nicht gedacht werden könne. Hat sich daher die Aktiengesellschaft abweichend vom ursprünglichen Projekte in der Folge dennoch mit Aufbringung eines geringeren als des in der Einladung festgesetzten Grundkapitales konstituirt, dann sind an diese Abänderung nur diejenigen Subskribenten gebunden, welche entweder bei der konstituirenden Generalversammlung ausdrücklich beigestimmt, oder nach §. 7 der Statuten durch den Erwerb einer Aktie oder eines Interimsscheines sich thatsächlich unterworfen haben.

Die Behauptung der als Klägerin aufgetretenen Aktiengesellschaft, daß zur Errichtung der Anstalt nur ein Kapital von 50,000 fl. nothwendig und bei Konstituirung der Gesellschaft auch vorhanden gewesen sei, ist ohne Bedeutung. Denn wenn auch im fraglichen Programme erwähnt ist, daß zum Ankaufe des Grund und Bodens und zur Herstellung der Gebäude nach einem hochgegriffenen Voranschlage ein Kapital von 80—85000 fl. nöthig sei, je nachdem die erste Anlage größer oder kleiner gehalten werde, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, daß die Einzahlung des Grundkapitales einer beliebigen, auch unter 80,000 fl. herabgehenden Reduktion unterworfen und die Anlage der Anstalt lediglich nach dem Ergebnisse der Subskription bemessen werden dürfe. Eine abnorme Bestimmung dieser Art müßte im Programme ausdrücklich und unzweideutig vorgesehen sein, da es für Kredit und Rentabilität eines Aktienunternehmens nicht gleichgiltig ist, ob die Gesellschaft über das voll eingezeichnete Grundkapital zu verfügen, oder Anlage und Betrieb nach Maßgabe einer unter dem Grund-

Digitized by Google

stocke zurückgebliebenen Betheiligung einzuschränken hat.

Im Angesichte dieses Programmes durfte daher jeder Aktiensubskribent mit Recht voraussetzen, daß er nur bei einer Gesammtbetheiligung von wenigstens 800 Aktien zur Mitgliedschaft verpflichtet sei und sich den in Beziehung auf Anlage und Betrieb des Unternehmens gefaßten Majoritätsbeschlüssen nur dann zu fügen habe, wenn der Generalversammlung bei Fassung ihrer Beschlüsse eine aus mindestens 800 Aktien sich ergebende Stimmenzahl zu Gebote stehen werde.

Die erbetene Beweisauflage ist daher allerdings gerechtfertigt, muß aber, da die betreffende Behauptung zum Klagegrunde und nicht in negativer Fassung zum Einredebeweise des Beklagten gehört, der Klägerin zugewiesen werden, wobei der Umstand, daß der Beklagte die Beweisübernahme für sich nachsuchte, nicht hindernd entgegentritt, weil der Revisionsantrag in primärer Richtung auf Entbindung des Beklagten von der Klage gerichtet, damit aber der Oberrichter zu jeder durch die Sachlage begründeten dem Revidenten günstigen Abänderung berechtigt ist".

Aus diesen Gründen wurde der Klägerin der Beweis auferlegt, daß bei der am 16. Juli 1866 abgehaltenen konstituirenden Generalversammlung bereits ein Grundkapital von mindestens 80,000 fl. durch Aktienzeichnung zusammengebracht war.

Rm.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 18. Juli 1868. 33. Jahrgang. No. 15.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. — Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande verübten strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält.

Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten,

von Prof. Paul Roth in München.

Unter den deutschen Ländern hat gegenwärtig Bayern die zahlreichsten und verschiedenartigsten Bestimmungen über allgemeine Gütergemeinschaft. Die Zahl der Statuten, deren Inhalt ich unten darlege, ist ein und zwanzig; fünf weitere, deren Existenz zweifellos ist, können theils wegen Mangelhaftigkeit der Angaben, theils weil die fortdauernde Anwendbarkeit nicht erwiesen ist, nicht berücksichtigt werden. Das Rechtsgebiet dieser Statuten umfaßt den größten Theil der fränkischen Provinzen; in Schwaben kommen sie vereinzelt, in Oberbayern, Niederbayern und Oberpfalz gar nicht vor. Im Großen und Ganzen kann man also die vier letzteren Kreise als das Rechtsgebiet der partikulären, die drei ersteren als das der allgemeinen Gütergemeinschaft bezeichnen; denn Statuten der partikulären Gütergemeinschaft oder des Dotalrechtes finden sich in den drei Franken nur sieben (Rothenburg, Deutschorden a. d. Tauber, Ansbach, Mainz,

Digitized by Google

Solms partikuläre Gütergemeinschaft, Deutschorden in Franken, Schwarzenberg Dotalrecht); sie werden dem Prozentsatze nach kaum für ein Fünftel der Bevölkerung gelten.

Eine Zusammenstellung der in diesen Statuten ausgesprochenen Grundsätze ist für die Kenntniß des Institutes selbst von Bedeutung, da bei den bisherigen Darstellungen gerade auf die schwer zugänglichen bayerischen Statuten weniger Rücksicht genommen wurde, wie sich, um nur ein Beispiel anzuführen, aus dem deutschen Privatrechte von Mittermaier ergiebt; sie ist von besonderer Wichtigkeit für das einheimische Recht, weil nur bei Berücksichtigung sämmtlicher Statuten eine Entscheidung der gerade hier so häufig wiederkehrenden Streitfragen möglich ist. Freilich glauben Manche, daß man das ganze Institut bald beseitigen und auf den Vertragsweg verweisen könne; ich halte dieß für eine irrthümliche Auffassung. Die allgemeine Gütergemeinschaft ist durch die Schuldenhaftung in der Art von Einfluß auf die Kreditverhältnisse, daß eine Beseitigung derselben ohne dauernde Erschütterung der letzteren nicht möglich ist. Der letzte Präzedenzfall spricht für meine Ansicht. Nach 17jährigen Vorarbeiten hat das Preußische Gesetz vom 16. April 1860 in der Provinz Westfalen die allgemeine Gütergemeinschaft in einer einheitlichen Form eingeführt, und dieser auch diejenigen Bezirke untergeordnet, in denen bisher partikuläre Gütergemeinschaft galt. Ausgenommen sind nur die Bezirke des Dotalrechtes mit 13% der Bevölkerung, weil die Majorität des Herrenhauses der Intention des Gesetzentwurfes, das Institut auch auf diese auszudehnen, nicht entsprach. Daß für Westfalen die allgemeine Gütergemeinschaft beibehalten und nur in ihren Grundzügen gemeinsam geregelt wurde, war unvermeidlich, weil sich die Bevölkerung jeder

Digitized by Google

Ersetzung durch ein anderes Institut energisch widersetzte. Ich denke, der Gang der Entwicklung wird in den drei fränkischen Provinzen derselbe sein.

Die nachfolgende Darstellung umfaßt nur die Disposition unter Lebenden und die Behandlung des Vermögens bei Auflösung der Ehe durch den Tod; die Darstellung der Begründung (Anfang), der Stellung der Frau, der Schuldenhaftung, der übrigen Auflösungsgründe, der Vermögensauseinandersetzung bei Ehescheidung und der letztwilligen Disposition behalte ich anderen Aufsätzen vor.

Bestimmt gehören zu dem Systeme der allgemeinen Gütergemeinschaft die Statuten von: Bayreuth, Dinkelsbühl [1]), Hohenlohe, Nürnberg, Fürstenthum Kempten, Stadt Kempten, Bamberg, Erbach, Thurnau, Würzburg, Castell, Schweinfurt, Fulda, Eichstädt [2]),

---

[1]) Ohne einen Grund anzugeben behauptet Gerber Pr.-R. §. 231 Note 1, es gelte hier Gütereinheit. Wollte man nicht allgemeine Gütergemeinschaft annehmen, wie dieß das Statut ausspricht, und die Praxis seit lange anerkennt, so würde jedenfalls für partikuläre Gütergemeinschaft zu entscheiden sein, da nach St. 1, 2, 6 die Errungenschaft zur Hälfte getheilt wird. Allein für allgemeine Gütergemeinschaft spricht die Schuldenhaftung und die Dispositionsbefugniß des Ehemannes, während die Auflösung des Vermögens in die ursprünglichen Bestandtheile nicht entgegensteht. S. unten Note 63.

[2]) Die gänzlich unbegründete Behauptung Gerber's im Priv.-R. §. 231 Note 1, das Eichstädter Recht statuire Gütereinheit, bedarf keiner Widerlegung, da nach diesem Rechte notorisch die strengste Form der allgemeinen Gütergemeinschaft beobachtet wird. Vgl. unten Note 81. Ein in Eckher, Erörterungen ꝛc. Ingolstadt 1756 Anl. K gedrucktes Zeugniß des

Digitized by Google

Pappenheim[3]), Windsheim, Oettingen, Kaufbeuren.

Bestritten ist der Inhalt folgender Statuten:

1) Der Stadt Nördlingen. Gegen die frühere Ansicht, welche für allgemeine Gütergemeinschaft entschied[4]), hat sich schon Arnold I, 474 Note 1 erklärt, indem er annimmt, der Güterstand nähere sich der allgemeinen Gütergemeinschaft, ohne deren Natur vollständig zu besitzen, und auch von anderer Seite wurden Zweifel geäußert[5]), allein ohne Grund, da nach der Bestimmung des St. III, 8 und 10 bei Auflösung der Ehe die Kinder nicht Erben des verstorbenen Ehegatten sind, sondern nur bei Wiederverheirathung von dem überlebenden Ehegatten einen in einer bestimmten Summe festzustellenden Voraus anzusprechen haben, für dessen Normirung das Einbringen des Verstorbenen in die Haushaltung den wesentlichsten Anhaltspunkt bildet. Das Nördlinger Recht enthält also allgemeine Gü-

---

Bürgermeisters von Eichstädt konstatirt dieß schon für das vorige Jahrhundert.

[3]) Was Gerber a. a. O. §. 231, 1 veranlaßt, das nur auf Gewohnheit beruhende Pappenheimer Recht zur Gütereinheit zu rechnen, ist mir nicht erklärlich, da die bei Arnold, Beitr. z. t. Priv.-R. Bd. I S. 630 f. mitgetheilten Aufzeichnungen das Gegentheil ergeben.

[4]) Ayrer (Tröltsch), Analecta Stat. Noerdling. 1749, p. 27; Scherer, Gütergemeinschaft Th. II S. 109.

[5]) Wächter Wirt. Pr.-R. Bd. I S. 781 glaubt, es lasse sich aus dem ungenauen Statut keine Bestimmung treffen; Gengler Pr.-R. S. 1028 meint, daß St. VII, 1 u. 2 der Annahme einer wirklichen Einheit der Gütermassen beider Eheleute entgegenstehen, und Gerber §. 231, 1 rechnet das Statut zur Gütereinheit.

Digitized by Google

tergemeinschaft in der strengsten Form und stimmt in dieser Hinsicht mit dem Rechte des benachbarten Oettingen überein [6]).

2) Der Stadt Weißenburg in Franken. Früher durchgängig der allgemeinen Gütergemeinschaft beigezählt (Scherer a. a. O. I, 109) wird dieses Statut seit Arnold I, 825, 1 zum Dotalrechte gerechnet [7]), welcher Meinung ich mich jedoch nicht anschließen kann, da die nähere Untersuchung ergibt, daß das eheliche Güterrecht mit dem von Nördlingen und Oettingen in der Hauptsache übereinstimmt [8]).

3) Der Stadt Lindau. Ohne allen Grund erklärt Scherer II, 33 das dortige Recht als partikuläre Gütergemeinschaft, während nach der Ordnung vom Näherrecht (1738) §. 6 „die Verwandten beider Eheleute gleiches Retraktrecht „haben, immaßen deßfalls Mann und Weib vor „eine Person und gleichsam vor einen Verkäufer „zu halten." Es gehört daher dieses Statut zweifellos zur allgemeinen Gütergemeinschaft, wie dieß auch früher allgemein angenommen wurde [9]).

---

[6]) Dieß wird schon von Donauer, Consilia Nr. 46 hervorgehoben, und ist bei der Lage und der früheren politischen Verbindung erklärlich. In diesem, sowie Consil. 39, 42 und 144 ist von Donauer als unzweifelhaft vorausgesetzt, daß bei unverdingten Ehen in Nördlingen allgemeine Gütergemeinschaft eintrete. Donauer war lange Syndikus der Reichsstadt Nördlingen, und seine Aeußerungen sind daher besonders gewichtig. Vergleiche auch unten Note 94.

[7]) Mittermaier Pr.-R. II §. 387, 1. Gengler Pr.-R. S. 1033. Rosenkrantz Pflegschaftswesen S. 52.

[8]) Die weitere Ausführung habe ich in einem besonderen Aufsatze in diesen Blättern oben S. 129 f. gegeben.

[9]) S. Walch, de bonis profectitiis liberor. Lindav. 1753. §. 9.

Digitized by Google

Dagegen gehören folgende Statuten nicht hieher:

1) Stadt Rothenburg an der Tauber. Aeltere Darstellungen rechneten es zur allgemeinen Gütergemeinschaft [10]), allein die bei Arnold I, 694 gegebenen Ausführungen lassen es als unzweifelhaft erscheinen, daß hier partikuläre Gütergemeinschaft gilt [11]).

2) Markgrafthum Ansbach. Die früher von Manchen [12]) vertheidigte Ansicht, daß hier allgemeine Gütergemeinschaft gelte, ist jetzt allgemein aufgegeben [13]).

3) Stadt Augsburg. Hier ist ebenso die ältere Ansicht [14]), welche allgemeine Gütergemeinschaft annahm, beseitigt [15]).

4) Stadt Ulm. Dieses Statut wurde früher der allgemeinen Gütergemeinschaft beigezählt [16]), und geschieht dieß noch von bayerischen Schriftstellern (Weber IV, 526; Rosenkrantz Handbuch 72), aber ohne allen Grund, wie dies von Wächter dargethan ist [17]).

---

[10]) Scherer I, 109; Philipps Gütergemeinschaft 35; Maurenbrecher Pr.-R. §. 562.

[11]) Wächter Wirt. Pr.-R. I, 780; Erk. v. 26/11. 42 in Bl. f. RA. X, 374. Irrthümlich behauptet Weber, Prov.- u. Stat.-Rechte, Bd. II S. 1044, es gelte hier Dotalrecht.

[12]) S. die Zusammenstellung bei Luz Intestaterbfolge §. 7 f. und Scherer I, 108.

[13]) Luz § 11; Arnold in diesen Bl. II, 17; Gengler Pr.-R. 1065. Die Praxis hat sich konstant dafür ausgesprochen. Arnold Beitr. I, 64.

[14]) Scherer I, 22. Weber II, 363.

[15]) Huber Abriß des Augsb. StR. 1858. S. 26; Gengler Pr.-R. 1015.

[16]) Engau de bon. commun. Ulm. 1751.

[17]) Wirtemb. Pr.-R. I, 753; schon früher von Hartlieb de separatione bonorum conjugalium, Altorf. 1768. p. 16. In Wirtemberg ist die Meinung von Wächter allgemein angenommen.

Digitized by Google

Endlich können der Unbestimmtheit der Angaben wegen folgende Statuten nicht weiter berücksichtigt werden:

1) Ingolstadt. Daß hier früher allgemeine Gütergemeinschaft galt, ist zweifellos, und in Kreittmayr's Anmerkungen ausdrücklich hervorgehoben [18]); die Bezeichnung „gerönnte Heirath" weist auf das gleiche Recht in Eichstädt, auf das man sich in Ingolstadt auch bezog [19]). In neuerer Zeit ist es jedoch zweifelhaft geworden, ob dieses auf einem Freiheitsbriefe von 1541 beruhende Institut noch anwendbar sei [20]).

2) Landsberg. Die Handfeste des Herzogs Stephan von 1392 (Gengler Stadtrechte 231,6) hat zwar die dort herkömmliche Gütergemeinschaft bestätigt, es wird aber mit Recht bezweifelt, ob diese Bestimmung noch jetzt anwendbar sei (Bl. XXIV, 193).

3) Herrschaft Staufen. Der hier geltende Landesbrauch vom 31. Mai 1621 (Peißl Statistik 206), der nicht gedruckt ist, statuirt zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft; da jedoch nur ein ungenügender Auszug daraus vorliegt (Weber IV, 319), so kann ich dieses Statut nicht weiter berücksichtigen, zumal es an Angaben fehlt, in wie

---

18) Anm. zum LR. Th. I Kap. VI §. 32 Nr. 1 — 3; Dort ist Bezug genommen auf Eckher — Erörterung — von gerenkter Heirath — Ingolstadt 1756. In dieser Deduktionsschrift wird die gesetzliche Geltung der allgemeinen Gütergemeinschaft als zweifellos vorausgesetzt, und nur untersucht, ob sie auch die außerhalb des Burgfriedens gelegenen Güter ergreife.

19) S. Eckher S. 11 und das Anl. K. gedruckte Zeugniß des Bürgermeisters von Eichstädt von 1754.

20) S. d. Bl. XXIII, 113 und das dort angeführte A.-G.-Erkenntniß.

Digitized by Google

ferne die zahlreichen veralteten Bestimmungen desselben noch Anwendung finden.

4) Herrschaft Mindelheim. Hier liegt dasselbe Verhältniß vor. Die Statuten von 1729, welche zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft einführen, sind nicht gedruckt (Peißl 168), und der ungenügende Auszug bei Weber IV, 872 kann um so weniger Berücksichtigung finden, als darnach die heutige Anwendbarkeit nicht zweifellos ist.

5) Der Rienecker Landesbrauch, der, früher in der Herrschaft Rieneck beobachtet, mit der Einführung des Mainzer Landrechtes aber in dem größeren Theile derselben beseitigt wurde, war früher in einzelnen Parzellen beibehalten; es ist aber nach Peißl 174, 3 nicht mit Bestimmtheit ermittelt, ob er noch Anwendung finde.

6) Für den Bezirk des Fürstenthums Fugger-Babenhausen (Weber IV, 269), der Grafschaft Werthheim (Weber, IV, 1150) und der Stadt Fürth und Umgegend (Dompropstei Bambergische Grundholden [21]) wird die observanzmäßige Geltung der allgemeinen Gütergemeinschaft behauptet; diese Angaben sind aber zu unbestimmt, als daß darauf Rücksicht genommen werden könnte.

Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf das Recht der oben aufgeführten 21 Statuten [22]). Von diesen ist das älteste die Nürnberger Reformation von 1564, das jüngste die Casteller Landesverordnung von 1801, so daß sie einen Zeit-

---

[21]) Weber II, 168. Es ist bestritten, ob diesen Observanzen überhaupt noch Anwendbarkeit zukomme. Peißl 216.

[22]) Ueber das Rechtern-Limpurgische Gewohnheitsrecht, das nach Rosenkrantz Handbuch 67, 6 allgemeine Gütergemeinschaft statuirt, ist nichts veröffentlicht; s. Peißl 192. Nach Arnold I, 670 gilt dort das fränkische eheliche Güterrecht.

Digitized by Google

raum von zwei und einem halben Jahrhunderte umfassen. Der größere Theil der Statuten beruht auf gesetzlichen Bestimmungen, der kleinere auf Gewohnheit [23]). Es gehören 15 dem fränkischen, 6 dem schwäbischen Stamme an; sie sind demnach alle aus dem Systeme der gesammten Hand mit Verfangenschaft hervorgegangen, was bei mehreren schon jetzt nachgewiesen ist [24]). Dieses ältere bis zum 16. Jahrhundert in Franken, Schwaben, Bayern und Oesterreich [25]) ausschließlich geltende System war verhältnißmäßig einfach. Mit Eingehung der Ehe vereinigte sich, wenn kein Ehevertrag geschlossen war [26]), das ganze Vermögen in eine Masse oder, wenn man will, zwei Massen, Immobilien und Mo-

---

[23]) Es sind dieß: Pappenheim, Thurnau, Windsheim, Eichstädt, Erbach. Für die beiden letzteren liegen zwar einzelne gesetzliche Bestimmungen vor, in der Hauptsache ist aber die jetzige Gestaltung des ehelichen Güterrechtes nur Observanz.

[24]) Es gilt dies namentlich von Nürnberg, Bamberg, Würzburg, Windsheim, Weißenburg, Kaufbeuren, Lindau. Daß den fränkischen Rechten dieser Gegend dieses System zu Grunde lag, ist ohnehin zweifellos; aber auch für die schwäbischen Rechte ist es nun völlig hergestellt; s. meinen Aufsatz über Gütereinheit bei Bekker u. Muther Jahrbuch des gem. deutsch. R. Bd. III S. 333 f. und Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechtes II, 169 f.

[25]) Für Schwaben hatte ich dieß früher ausgeführt und für Bayern und Oesterreich angedeutet, über Gütereinheit bei Bekker III, 333, f. Nunmehr ist in Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechtes II für alle drei Rechtsgebiete der vollständige Nachweis geliefert.

[26]) Daher unterscheiden fast alle Statuten die verdingte und unverdingte Ehe. Das ältere Recht beschränkte die Befugniß vertragsmäßiger Festsetzung. Siehe Schröder II, 192 und Sandhaas fränkisches eheliches Güterrecht S. 277 f.

Digitized by Google

bilien. Während über letztere der Ehemann ausschließlich und allein verfügte, setzte jede Disposition über Immobilien eine gemeinsame Handlung beider Eheleute voraus (gesammte Hand). Bei Auflösung der Ehe wurde in der Regel [27]) nicht wie nach römischem und sächsischem Rechte (Gütereinheit) das Vermögen der Ehegatten in seine ursprünglichen Bestandtheile (Eingebrachtes, während der Ehe Erworbenes) zerlegt, sondern die Mobilien fielen, wenn Kinder vorhanden waren (bei beerbter Ehe), ausschließlich dem überlebenden Ehegatten zu, während die Immobilien den Kindern verfangen waren. Danach behielt der überlebende Ehegatte lebenslänglich den Nutzgenuß sämmtlicher Immobilien der ersten Ehe, durfte dieselben jedoch nicht einseitig veräußern, und bei Wiederverehelichung hatten die Kinder der zweiten Ehe kein Erbrecht an den Immobilien der ersten Ehe, wenn es ihnen nicht vertragsmäßig (durch Einkindschaft, unio prolium) zugesichert war. Das Rechtsverhältniß an den verfangenen Gütern hatte sich nach Gegenden verschieden gestaltet. Während in dem mittleren Franken, welchem unsere fränkischen Statuten angehören, der überlebende Ehegatte Eigenthümer der verfangenen Immobilien wurde, auf welche den Kindern nur ein unentziehbares Erbrecht zustand [28]), war in Schwaben (Wächter Wirt. Pr.-R. I, 208) und am Niederrhein (Schwarz Gütergemeinschaft 26) umgekehrt das Eigenthum der Kinder an den verfangenen Gütern anerkannt und dem überlebenden parens

---

[27]) Ausnahmen s. unten Note 63.

[28]) S. Gosen kl. Kaiserrecht. S. 139; daraus erklärt sich, daß sich das Alleinerbrecht der überlebenden Ehegatten namentlich in fränkischen Statuten (Würzburg, Fulda, Eichstädt) erhalten hat.

Digitized by Google

stand nur lebenslänglicher Beisitz zu. Je nachdem nun sein Recht an den verfangenen Gütern bis zu seinem Tode unverändert fortdauerte, oder je nachdem bei Wiederverheirathung eine Abtheilung des ganzen Vermögens nach Quoten zulässig oder nothwendig war, unterschied man reines Verfangenschaftsrecht und Theilrecht [29]). Bei unbeerbter Ehe war sowohl nach den fränkischen als schwäbischen Rechten das Verhältniß nach Gegenden verschieden, indem nach dem einen Theile der Statuten der Ueberlebende Alleinerbe des ganzen Vermögens wurde [30]), nach dem anderen die hinterfälligen Güter (Erbgüter) an die Verwandten des verstorbenen herausgeben (Fallrecht [31]) oder das ganze Vermögen mit ihnen theilen mußte [32]).

Im Ganzen war daher im Mittelalter das eheliche Güterrecht der süddeutschen Rechtsgebiete ganz anders gestaltet, als dieß früher angenommen wurde. Namentlich Gerber und Bluntschli, deren Auffassung in dieser Frage vielfältig Eingang in unsere Praxis gefunden hat, gehen von der Ansicht aus, daß im Mittelalter ursprünglich die s. g. Gütereinheit auch in den süddeutschen Rechtsgebieten gegolten, die Gütergemeinschaft erst später namentlich in den Städten sich entwickelt habe. Man bezeichnet im Gegensatze zur Gütergemeinschaft als Güterein-

[29]) Wächter Wirt. Pr.-R. I, 199; Schröder II, 186. Sandhaas 463 f.

[30]) So in Bamberg (Schwarz 48); dieß war das gewöhnliche im östlichen Franken (Sandhaas 127) und einem Theile von Schwaben (Schröder II, 179), dann in München und Landshut (Schröder II, 197).

[31]) So in Nürnberg (Schwarz 59), Augsburg (Schröder II, 162), in Wirtemberg (Wächter I, 222).

[32]) So in Nördlingen (St. III, 7; Arnold I, 475) und in anderen Theilen von Schwaben (Schröder II, 180).

Digitized by Google

heit, die in der Hauptsache in den norddeutschen Rechten noch jetzt gilt, das Verhältniß, wonach mit Eingehung der Ehe nicht eine innere Vereinigung des beiderseitigen Vermögens zu einer Masse eintritt, sondern „das Vermögen der Ehegatten durch den gemeinsamen ehelichen Haushalt zwar in eine innige Vereinigung gebracht und der Verfügung des Mannes unterworfen wird, aber das Eigenthum jedes Ehegatten an seinem Spezialvermögen unberührt bleibt" (Gerber §. 226). Die Verschiedenheit beider Güterordnungen tritt darin hervor, daß nach dem Systeme der Gütereinheit der Ehemann über sein eigenes Vermögen frei verfügt, und eine Zustimmung der Frau nur erforderlich ist bei Dispositionen über ihr Immobiliarvermögen, während bei der Gütergemeinschaft die Disposition über alle Immobilien ohne Rücksicht auf das ursprüngliche Eigenthumsverhältniß regelmäßig nur gemeinsam (mit gesammter Hand) getroffen werden kann; ferner daß bei Gütereinheit mit Auflösung der Ehe die Errungenschaft Eigenthum des Mannes bleibt, und das Vermögen der Frau an sie oder ihre Erben herausgegeben wird, während bei der Gütergemeinschaft Theilung des ganzen Vermögens nach Quoten die Regel bildet, und keinenfalls eine Auflösung des Vermögens in seine ursprünglichen Bestandtheile durchgängig vorgeschrieben ist, eine solche vielmehr nur ausnahmsweise eintritt. Die neueren Forschungen aber haben, wie oben ausgeführt, das unzweifelhafte Resultat ergeben, daß in den Rechtsgebieten, in denen wir später die allgemeine Gütergemeinschaft finden, namentlich aber in dem Gebiete der oben aufgeführten fränkischen und schwäbischen Statuten, schon im Mittelalter die Güterordnung nicht die Gütereinheit sondern das jetzt sogenannte System der gesammten Hand mit Verfangenschaft ist. Dieses war ursprünglich in seinen Grund-

Digitized by Google

zügen ebenso einheitlich gestaltet, wie das der Gütereinheit, und erst mit der Rezeption des römischen Rechtes traten die großen Veränderungen ein, welche so mannigfache Gestaltungen zur Folge hatten, daß Manche daraus auf das Fehlen jeglichen Prinzipes, auf bloße Willkührlichkeit in der Rechtsbildung schließen wollten.

Gerade die Grundlagen des älteren Systemes, die gesammte Hand und die Verfangenschaft wurden mit der Rezeption des römischen Rechtes wesentlich modifizirt, mehr jedoch die letztere als die erstere, da die Verfangenschaft mit dem römischen Erbrechte unvereinbar war. Wie ich schon anderwärts nachgewiesen habe [33]), lassen sich diejenigen Statuten, welche die allgemeine Gütergemeinschaft aus der Verfangenschaft ausgebildet haben, nach der Behandlung des Vermögens bei beerbter Ehe in drei Klassen scheiden, je nachdem nämlich sofort abgetheilt wird (Theilrecht mit Beisitz des überlebenden Ehegatten), oder der Ueberlebende mit den Kindern die Gemeinschaft fortsetzt und nur mit ihnen verfügt (fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb), oder der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer des ganzen Vermögens wird, über das er frei disponirt, während die Kinder nur ein unentziehbares Erbrecht ihm gegenüber haben (Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten). Diese drei Klassen lassen sich auch in unseren Statuten unterscheiden, und zwar ist das Verhältniß in jedem Statut bestimmt oder läßt sich aus den Bestimmungen entnehmen, so daß also hier der anderwärts geführte Streit, ob für das Kondominial- oder Konsolidationsprinzip die Vermuthung streite (Beseler

[33]) In meinem Aufsatze über Gütereinheit und Gütergemeinschaft in Bekker und Muther Jahrb. III, 356. Zuerst ist diese Unterscheidung von Maurenbrecher aufgestellt.

Digitized by Google

Pr.-R. §. 140, 31), gegenstandslos ist. Dagegen haben die Statuten dieser drei Klassen unter sich abweichende Bestimmungen über das Dispositionsrecht während der Ehe und die Erbfolge bei unbeerbter Ehe. Ich werde nun in dem Nachstehenden zuerst das Dispositionsrecht während der Ehe mit Zusammenfassung aller Statuten darstellen, sodann die Behandlung des Vermögens bei unbeerbter und beerbter Ehe nach den drei Klassen untersuchen, und endlich die juristische Natur des ganzen Institutes erörtern.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande verübten strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält [1]).

Die ledige Eva Flier von Schwabach wurde in der Nacht vom 1. auf 2. Mai 1868 in Würzburg wegen Legitimationslosigkeit arretirt, durch Urtheil des k. Stadtgerichtes Würzburg vom 25. dess. M. wegen Landstreicherei und Anmaßung eines fremden Namens in eine Arreststrafe von 28 Tagen — unter Anrechnung der Untersuchungshaft — ver-

---

[1]) Eine mit der vorstehenden nicht übereinstimmende Entscheidung des obersten Gerichtshofes s. Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 223.

Digitized by Google

urtheilt und nach deren Verbüßung am 29. Mai 1868 an den Stadtmagistrat Schwabach verschubt.

Am 1. Juni 1868 gelangte ein Schreiben des Untersuchungsrichters am großherzoglich hessischen Bezirksgerichte Mainz vom 20. Mai 1868 an den Staatsanwaltsvertreter am k. Stadtgerichte Würzburg, worin unter Uebersendung eines Untersuchungsaktes gegen Eva Flier wegen eines am 17. April 1868 in Mainz verübten Diebstahles einer Broche im Werthe von 25 fl. zum Nachtheile des Lehrers Wilhelm Kölsch in Mainz die Anfrage gestellt wurde, ob die desfallsige Untersuchung von dem bayerischen Gerichte übernommen werden wolle.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Würzburg übersendete auf Mittheilung dieser Anfrage die sämmtlichen Aktenstücke an den Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Fürth mit der Eröffnung, daß er seine Zuständigkeit ablehne und vielmehr den letzteren Untersuchungsrichter für zuständig erachte, weil die Eva Flier zur Zeit des Eintreffens der amtlichen Mittheilung über den zu Mainz verübten Diebstahl bereits in ihre Heimath nach Schwabach verschubt gewesen sei.

Der Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte Fürth lehnte seine Zuständigkeit gleichfalls ab, weil der Untersuchungsrichter in Würzburg die erste Veranlassung zur Einleitung der fraglichen Untersuchung gehabt habe und dieser demgemäß zuständig sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung

daß nach Art. 10 des StGB. von 1861 Inländer auch wegen der von ihnen im Auslande verübten strafbaren Handlungen den Bestimmungen der bayerischen Strafgesetze unterliegen und gemäß Art. 30 Th. II StGB. von 1813 wegen der im

Auslande begangenen Verbrechen von dem inländischen Gerichte, wo sie ergriffen werden, zu untersuchen sind;

in weiterer Erwägung,

daß sohin nicht jedes inländische Gericht zur Führung einer derartigen Untersuchung zuständig ist, sondern diese Zuständigkeit dadurch bedingt ist, daß der Thäter in dem Bezirke dieses Gerichtes verhaftet wurde oder, insoferne zur Verhaftung desselben ein gesetzlicher Grund nicht vorliegt, sich zur Zeit, als die strafrechtliche Thätigkeit gegen denselben zu beginnen hat, dort aufhält;

daß aber zur Zeit, als der Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte Würzburg von dem gegen Eva Flier vorliegenden Verdachte der Verübung eines Diebstahles in Mainz in Kenntniß gesetzt wurde, Eva Flier bereits von Würzburg weg in ihre Heimath nach Schwabach geschubt worden war, daß sohin die Genannte sich zur Zeit der ersten Veranlassung der Einschreitung gegen sie wegen dieses Diebstahles nicht mehr im Bezirke des Untersuchungsrichters am Bezirksgerichte Würzburg, sondern in jenem des Untersuchungsrichters am Bezirksgerichte Fürth aufhielt;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Einschreitung gegen die ledige Eva Flier von Schwabach wegen des gegen dieselbe angezeigten Vergehens des Diebstahles zum Schaden des Lehrers Wilhelm Kölsch in Mainz der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Fürth zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 6. Juli 1868, UB. Nr. 105.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 1. Aug. 1868. 33. Jahrgang. No. 16.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. (Fortsetz.) — Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten gestellt.

Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten,

von Prof. Paul Roth in München.

(Fortsetzung.)

I.

Dispositionsbefugniß während der Ehe.

Das ältere den bayerischen Statuten zu Grunde liegende Recht hatte die Dispositionsbefugniß während der Ehe durchgehend nach den Grundsätzen geregelt, die wir jetzt das System der gesammten Hand nennen [34]). Darnach hatte während der Ehe der Ehemann zwar die Verwaltung des gesammten Vermögens, konnte jedoch nur über Mobilien frei verfügen, während eine Disposition über Immobilien ohne Rücksicht auf ihren Ursprung nur von beiden Ehegatten vereint (mit gesammter Hand) erfolgen konnte (Schwarz 14, Schröder II, 115 f.). Für diese Einrichtung als die ursprüngliche ist auch jetzt noch

34) Für Franken ist dies ohnehin allgemein anerkannt, aber auch für Schwaben nachgewiesen; s. Gütereinheit in Bekker und Muther III, 346 und Schröder II, 116.

Digitized by Google

zu präsumiren [35]), wo das Statut keine direkte oder indirekte Entscheidung enthält [36]); dagegen lassen sich die übrigen Statuten in drei Klassen scheiden.

I. Die erste Klasse gewährt dem Ehemanne die volle Disposition über das ganze Vermögen mit Einschluß der Immobilien, ohne daß eine Zustimmung der Ehefrau erforderlich oder eine Einsprache derselben begründet wäre. Dieß ist der Fall in Bayreuth (Arnold I, 174, 1) Oettingen [37]), Dinkelsbühl (Arnold I, 267, 1), Fürstenthum Kempten [38]), Pappenheim [39]).

II. Die zweite Klasse setzt die Einwilligung der Ehefrau voraus:

---

35) Dies nimmt auch Beseler §. 140 für das fränkische Recht an, obwohl er die neuere Rechtsentwickelung der ausschließlichen Dispositionsbefugniß des Ehemannes günstiger glaubt. Es muß ebenso für das schwäbische Recht gelten. Die Gründe, welche Mittermaier Pr.-R. §. 401 für die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Ehemannes anführt, sind nicht entscheidend. Ebenso kann ich der Auffassung des Erk. 15|3. 33 in Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 248, daß die einseitige Dispositionsbefugniß gemeinrechtliche Regel sei, nicht beipflichten.

36) Dieß ist der Fall in Stadt Kempten, Lindau, Thurnau, Nördlingen, Weißenburg und Windsheim. Welche Uebung dort beobachtet wird, ist nicht bekannt.

37) VO. v. 14|11. 1798, Arnold I, 619. Früher war bei Veräußerungen im Werthe von über 25 fl. Einwilligung der Frau erforderlich.

38) Sammlung der VO. §. 140; die dort angeführte Generalverordnung v. 4|6. 1792, welche dem in Gütergemeinschaft stehenden Ehemanne einseitige Ernennung des Gutsnachfolgers zuschreibt, ist entscheidend. Was Weber IV, 54 dagegen anführt, widerlegt dieses Argument nicht. Die Behauptung aber, daß das Hyp.-Ges. §. 96 die gemeinsame Verfügung allgemein vorschreibe, ist unrichtig.

39) Arnold I, 631. Hier hat der Ehemann das Recht

Digitized by Google

1) bei allen Verträgen in Nürnberg (Reform. XIX. 5 und XXVIII. Lahner Einleitung S. 40. Weber II, 676);

2) bei Dispositionen über Immobilien, Schuldaufnahme und Vergleichen in Hohenlohe (LR. I. 4. 5. und III 2. 4. dann III. 11. 7. III. 18. 6);

3) bei Disposition über Immobilien in Kaufbeuren (Weber IV, 579) und Eichstädt (Arnold I, 355, 3);

4) bei Dispositionen über Immobilien und bei reinen Liberalitäten in Erbach (Beck und Lauteren Erb. Landr. S. 206 f.);

5) bei Dispositionen über Immobilien, Bürgschaften und Schenkungen in Fulda (Göß mann Beiträge §. 30—39).

III. Die dritte Klasse gewährt der Ehefrau das Recht des Einspruches (reclamatio uxoria) und zwar ist hier zu unterscheiden:

1) Das Recht der Fränkischen Landgerichtsordnung [40]), mit welchem das Casteller (LR. §. 62 f.) und Schweinfurter [41]) Recht übereinstimmt.

Hiernach hat zwar der Ehemann das Recht der Verfügung bezüglich des zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens ohne Ausnahme [42]), und die betreffenden Verfügungen sind an sich giltig, indessen ist der Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen das

---

der Veräußerung; dagegen muß er bei Verpfändungen den Konsens der Frau beibringen. S. unten Note. 53.

[40]) Schelhaß Darstellung des W. LR. §. 37. Seuffert de reclamatione uxoria 1815.

[41]) Hier kommt die fränkische LGO. als subsidiäres Recht zur Anwendung.

[42]) Erk. 3|5. 51. Bl. XXV, 221. Dieß gilt namentlich auch für Bürgschaften (gegen Schelhaß S. 268) und ist nicht auf Immobiliarverträge beschränkt. Erk. 7|6. 61 Bl. XXVII, 363.

*

Recht der Reklamation gegeben. Sie kann nämlich gegen einseitige [43]) Verfügungen des Mannes binnen 6 Wochen [44]) von dem Zeitpunkte an, in welchem sie Kenntniß von der Verfügung erhalten hat, bei dem Gerichte des Wohnortes des Ehemannes [45]) Klage auf Rescission des Geschäftes stellen. Den Anfechtungsgrund bildet die Behauptung, daß das fragliche Rechtsgeschäft dem gemeinsamen Vermögen zu merklichem Nachtheile gereichen werde; doch ist dabei weder Verletzung über die Hälfte [46]), noch erforderlich, daß der Schaden bereits eingetreten sei [47]). Die Reklamation findet nicht Statt bei der Verfügung über noch nicht existente Ansprüche [48]), gegen Vergleiche [49]), Darlehensverträge [50]) und Viehkaufsverträge (Schelhaß §. 38, 3), welche vielmehr sofort mit dem Abschlusse unanfechtbar sind.

2) Das Bamberger Landrecht. Hiernach hat die Ehefrau das Recht, binnen vier Wochen von erlangter Wissenschaft an zu widersprechen, bezw. die Auflösung gerichtlich zu beantragen, bei Schenk-

---

[43]) Hat die Ehefrau eingewilligt, oder mitkontrahirt, so findet die Reklamation nicht statt. Schelhaß §. 38, 7.

[44]) Schelhaß §. 38, 5. Gegen Versäumung der Frist ist Restitution gegeben. Erk. 13|7. 42. Bl. IX, 286.

[45]) Erk. 7|6. 61. Bl. XXVII, 252 gegen Schelhaß §. 38, 10.

[46]) Erk. 2|9. 62. Bl. XXVII, 250.

[47]) Erk. 7|6. 61. Bl. XXVII, 336.

[48]) Erk. 3|5. 53. Bl. XXVIII, 356. Ueber derartige Ansprüche der Frau kann der Ehemann nur mit Einwilligung derselben verfügen. Zu diesen noch nicht existenten Ansprüchen ist jedoch nicht das Klagerecht der Ehefrau auf Grundtheilung gegen ihre Eltern zu rechnen. Erk. 23|11. 66 Bl. XXXII, 156.

[49]) Erk. 21|4. 57. Bl XXIII, 254. Andere Erkenntnisse s. Bl. XXVII, 251, 1.

[50]) Erk. 5|7. 45. Bl. XVII, 251. 1.

Digitized by Google

ungen an Dritte, welche über den Stand des Mannes sind oder der Ortsgewohnheit nicht entsprechen, bei Vertauschung einer unbeweglichen Sache mit einer beweglichen, bei Verkauf einer unbeweglichen Sache, wenn der Kaufschilling nicht sofort zur Erwerbung eines Surrogates verwendet wird, und bei ungewissen und gefährlichen Handlungen [51]). Dagegen ist ausdrückliche Einwilligung der Ehefrau erforderlich bei Bürgschaften [52]), Hypothekbestellung [53]) und Gutsübergabe [54]). In allen anderen Fällen dagegen ist die Dispositionsbefugniß des Ehemannes unbeschränkt (LR. I. 2. 7. 2. S. 184).

III.

Vermögensauseinandersetzung bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten.

Es ist oben bereits ausgeführt, daß, wie früher für die Abweichungen der Statuten des fränkischen Rechtes, so jetzt für die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft die Behandlung des Vermögens bei Auflösung der beerbten Ehe entscheidet. So wie man früher Verfangenschaft und Theilrecht unter-

---

[51]) LR. I. 2. 7. 3 und 4 S. 185, s. Erk. 25|11 61. Bl. XXVII, 142.

[52]) LR. I. 2. 7. 11 und 12 S. 187. Erk. 10|5. 44. Bl. XXIII, 284 und 28|12. 52. Bl. XXIV, 188. Dasselbe gilt von Uebernahme einer solidarischen Haftung. Erk. 13|12. 30. Spies Handb. S. 65.

[53]) LR. I. 2. 7. 18. S. 190. Doch genügt die Zustimmung der Frau bei der Begründung und ist Zuziehung zur Eintragung nicht erforderlich. Erk. 21|2. 48. Bl. XV, 313.

[54]) LR. I Anh. 2. 1. 5. S. 68. Erk. 9|8. 47. Bl. XIV, 318.

Digitized by Google

schied, je nachdem der überlebende Ehegatte lebenslänglich unabgetheilt blieb oder nicht [55]), so unterscheiden sich jetzt die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft in die der Abtheilung mit Beisitz, der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, und des Alleinerbrechtes des überlebenden Ehegatten. Diese drei Kategorien, die sich auch in allen anderen Statuten des fränkischen und schwäbischen Stammesrechtes, die allgemeine Gütergemeinschaft erhalten haben, wiederholen, sind bei uns durch die drei größten Rechtsgebiete repräsentirt, nämlich Theilrecht durch Bayreuth (ebenso Nürnberg und Hohenlohe), fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Bamberg, Alleinerbrecht durch Würzburg. Die hier in Betracht gezogenen 21 Statuten lassen sich (mit Ausnahme von Thurnau) nach ihrem Inhalte bestimmt einer von diesen drei Kategorien zutheilen, und zwar gehören 7 zum Theilrechte, 3 zur fortgesetzten Gütergemeinschaft und 11 zum Alleinerbrechte des überlebenden Ehegatten.

I. Abtheilung mit Beisitz des überlebenden Ehegatten.

Das Charakteristische dieser Form besteht darin, daß mit dem Tode des Ehegatten die Kinder Erben desjenigen Vermögenstheiles werden, welchen sie bei der demnächstigen Auseinandersetzung anzusprechen haben. Dieß ist theils eine Quote des ganzen Vermögens, wie es zur Zeit der Auflösung der Ehe vorliegt, theils das Vermögen des verstorbenen Ehegatten, welches durch Auszeigung oder durch Herausziehung des Vermögens des überlebenden Ehegatten hergestellt wird. Die hieher gehörigen Statuten sind: Nürnberg [56]), Hohenlohe,

[55]) S. meine Gütereinheit bei Bekker III. 327.

[56]) Daß hier nach dem Vermögensstande zur Zeit der Auflösung der Ehe abzutheilen sei und nicht fortge-

Bayreuth, Dinkelsbühl, Fürstenthum Kempten, Stadt Kempten, Lindau. Das aus diesen Statuten sich ergebende Rechtsverhältniß ist nun folgendes:

A. Bei unbeerbter Ehe.

1) Das Recht der Stadt Lindau läßt den überlebenden Ehegatten mit Ausschluß der Ascendenten und Seitenverwandten allein erben (Weber IV, 726).

2) Nach Nürnberger Recht wird das ganze Vermögen zur Hälfte getheilt und es erhält der Ueberlebende, wenn er mit Ascendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern konkurrirt, $^1/_2$, wenn mit entfernteren Seitenverwandten, $^2/_3$ des Antheiles des Verstorbenen (Siebenkees Int.-Erbs. §. 60, 61).

3) Nach den übrigen Rechten wird, wenn Seitenverwandte konkurriren, das gemeinschaftliche Vermögen ganz oder theilweise aufgelöst. Nach dem Rechte der Stadt Dinkelsbühl und der Stadt Kempten schließt der überlebende Ehegatte Seitenverwandte aus, und gibt Ascendenten in Dinkelsbühl ein Viertel des Vermögens des Verstorbenen (St. I. 2. 1. Arnold I, 263), in Kempten ein Drittel des Vermögens des Verstorbenen nach Abzug des Heirathsgutes und der Erbschaften desselben (Weber IV. 699). Nach dem Rechte des Fürstenthumes Kempten bleibt der überlebende Ehegatte, wenn er nicht wieder heirathet,

---

setzte Gütergemeinschaft eintrete, ist im Erk. 27|10. 49. Bl. XV, 108 ausdrücklich anerkannt. Nach Gengler Pr.-R. 1001 und Staudinger (Bl. XXIII, 353) faßt die Praxis das Verhältniß des überlebenden parens zu den Kindern als fortgesetzte Gütergemeinschaft auf. Allein, wie Letzterer ausführt, sind weder die Erwerbungen noch die Nutzungen gemeinsam, also keine Fortsetzung im eigentlichen Sinne; er nennt das Verhältniß Spezial- oder Partikulargemeinschaft, die sonst in dieser Form nicht vorkommt. S. auch Rosenkrantz Handbuch S. 71.

Digitized by Google

lebenslänglich im Genusse des Gesammtvermögens, das bei seinem Tode unter den beiderseitigen Intestaterben zur Hälfte getheilt wird. Bei Wiederverheirathung erhält er sein Eingebrachtes und was ihm vermacht ist, sonst, wenn keines von beiden vorliegt, ein Drittel des Vermögens des Verstorbenen [57]). Nach Bayreuther Recht schließt der überlebende Ehegatte Seitenverwandte aus, und gibt den Ascendenten des Verstorbenen ein Drittel des Vermögens desselben [58]). Nach Hohenloher Recht nimmt der überlebende Ehegatte sein Eingebrachtes und Ererbtes heraus, und theilt das übrige Vermögen mit den Intestaterben zur Hälfte (LR. V. 2. 1).

B. Bei beerbter Ehe.

1) Zeit der Abtheilung. Sämmtliche Statuten dieser Kategorie gewähren dem überlebenden Ehegatten den Beisitz an dem aus der Abtheilung sich ergebenden Vermögen der Kinder, und zwar in der Art, daß die wirkliche Abtheilung nicht sofort mit dem Tode des anderen Ehegatten zu geschehen hat, sondern erst mit der Wiederverehelichung [59]), oder wenn die schlechte Wirthschaft desselben Sicherheitsmaßregeln erforderlich macht [60]). Außerdem hat er das Recht lebenslänglich unabge-

---

[57]) Sammlung §. 181, wo die fortdauernde Anwendbarkeit dieser Bestimmung ohne Grund bezweifelt wird.

[58]) L.-Konst. VII 6. 9. Arnold I, 178, 2, wo ausgeführt ist, daß der Ueberlebende sein eingebrachtes Vermögen vorabziehen darf.

[59]) Dinkelsbühl: Arnold, I, 264. Hohenlohe: LR. V. 3. 3. Stadt Kempten: Trageneiordnung §. 166, 287. Fürstenthum Kempten: Sammlung §. 182. Lindau: Vorm.-O. I, 7.

[60]) Stadt Kempten: Tr.-O. §. 166. Lindau: Vorm.-O. VII, 2.

Digitized by Google

theilt im Vermögen sitzen zu bleiben. Nur einzelne Statuten schreiben sofortige Verzeichnung des Vermögens bei dem Tode des Ehegatten vor [61]) (Papiertheilung).

2) Prinzip der Theilung. — Nur Nürnberg und Hohenlohe theilen nach Quoten [62]), alle anderen reguliren die Abtheilung nach den ursprünglichen Bestandtheilen des gemeinschaftlichen Vermögens [63]). In Bayreuth werden vor Allem die Passiven aus dem gemeinsamen Vermögen getilgt, sodann weist der Vater den Kindern das eingebrachte und ererbte Vermögen der Mutter aus, erhält einen Kopftheil und am Uebrigen Beisitz [64]). Die Mutter nimmt die erwähnten Bestandtheile,

---

[61]) Nürnberg: Siebenkees Int.-Erbf. §. 45. In Bayreuth muß die Mutter immer, der Vater nur auf Verlangen sofort die Nachlaßregulirung vornehmen. Bayerlein Erbfolge §. 14 und 47. Auch die fürstl. Kemptische Landesordnung Art. 91, 3 (Samml. 325) setzt dies bei der Wittwe voraus.

[62]) Nürnberg zur Hälfte ohne portio statutaria: Siebenkees §. 41 (das von Bluntschli §. 213, 5 Gesagte ist ein Irrthum, es bezieht sich, wie die Worte des Gesetzes ergeben, auf unbeerbte Ehe); Hohenlohe zu $^2/_3$ für den Mann, $^1/_3$ für die Frau mit einem Voraus an Bett und Kleidern. LR. V, 1, 3 und V, 2, 3.

[63]) Diese Form findet ihre Begründung schon in der älteren Zeit, s. Schröder Geschichte des ehel. Güterrechtes II, 185; Wächter Wirt. Pr.-R. I, 215; Sandhaas 684; sie hat sich in den schwäbischen Stadtrechten daraus entwickelt, daß die Verfangenschaft auf das Vermögen des Verstorbenen beschränkt war, was z. B. auch in Frankfurt mit Reception des römischen Rechtes eintrat. Schwarz GG. 25.

[64]) Bayerlein §. 15. Bestritten ist seit lange, zu welchem Vermögenstheile die Errungenschaft gerechnet werde. Neuerdings hat der OGH. gegen frühere Erkenntnisse ausgesprochen, daß der überlebende Vater

Digitized by Google

und theilt das übrige nach Köpfen (Bayerlein §. 57 f.). Läßt sich der Betrag des Frauenvermögens nicht herstellen, so wird $^1/_3$ des Gesammtvermögens als solches angenommen (Sächsisches Drittel?). Immer kann der überlebende Ehegatte nach seiner Wahl mit den Kindern Grundtheilung vornehmen, nämlich das ganze Vermögen nach Köpfen durchtheilen [65]). In Dinkelsbühl gibt bei Abtheilung der überlebende Ehegatte den Kindern die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen (Eingebrachtes, Ererbtes, halbe Errungenschaft) heraus, und hat an der anderen Hälfte lebenslänglichen Beisitz (St. I. 2. 6 f. Arnold I. 264). In der Stadt Kempten hat der überlebende Ehegatte erst bei Wiederverehelichung das Vermögen des verstorbenen (Heirathsgut, Ererbtes, Errungenschaft) auszuweisen, und erhält bei einem Kinde die Hälfte, bei mehreren einen Kindestheil als portio statutaria, am Uebrigen Beisitz (Tragenei-O. §. 173 f. und §. 293, Weber IV. 611 f.). Nach dem fürstlich Kemptischen Rechte hat der Ehemann lebenslänglichen Beisitz an dem mütterlichen Vermögen der Kinder ohne die Verpflichtung zur Abtheilung, aber ohne Befugniß der Verringerung. Die Wittwe muß bei Wiederverehelichung abtheilen, indem sie ihr Zugebrachtes herausnimmt, und vom übrigen Vermögen einen Kindstheil erhält (LO. Art. 91. Sammlung 326). Nach dem Rechte der Stadt Lindau wird das Vermögen des Verstorbenen (Zugebrachtes, Ererbtes, Errungenes) den Kindern verfangen.

die Errungenschaft nicht zu theilen habe: Erk. 10|3 60. Bl. XXX, 284, was auch nach der L.-Konst. VII, 15 nicht bezweifelt werden kann; die anscheinend widersprechende Bestimmung der L.-Konst. VII, 7 ist nur auf den Stiefvater zu beziehen. Die Litteratur über diese Frage s. Bl. XXX, 285.

[65]) Bayerlein §. 41. Die Abtheilung mit Stiefkindern richtet sich nicht nach diesen Grundsätzen.

Digitized by Google

Der Ueberlebende hat lebenslänglichen Nutzgenuß daran, auch wenn er sich wieder verheirathet, darf aber nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß etwas veräußern, und es kann ihm unter Umständen die Administration entzogen werden; auch muß er bei Wiederverehelichung das Vermögen versichern [66]).

II. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Mit diesem Ausdrucke werden häufig sowohl die Abtheilung mit Beisitz [67]), als das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten [68]) bezeichnet; ich beschränke denselben auf die sogenannte fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, deren charakteristische Eigenthümlichkeit darin besteht, daß der überlebende Ehegatte, der mit den Kindern die Gemeinschaft fortsetzt, bezüglich gewisser Dispositionen an deren Einwilligung gebunden ist, und während der Dauer des Verhältnisses seinen Erwerb zu konferiren hat. Diese Form, die auch sonst nicht häufig vorkommt, (Gengler Pr.-R. 1123) läßt sich in Bayern nur für zwei Statuten, Bamberg und Erbach nachweisen [69]).

Das Rechtsverhältniß ist hier folgendes:

I. Bei unbeerbter Ehe ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe des ganzen Vermögens [70]).

[66]) Lindauer Vogtei- und Vorm.-O. von 1738 Tit. 7. Walch de bonis profectitiis liberorum Lindavi-ensium. Jena 1753.

[67]) z. B. von Eichhorn Pr.-R. §. 309; über Nürnberg s. oben Note 56; über Dinkelsbühl Arnold I, 530.

[68]) So rechnet Arnold I, 345 Eichstädt, I, 615 Oettingen, I, 633 Pappenheim und I, 839 Windsheim, Rosenkrantz Handbuch 66 aber sämmtliche Statuten des Alleinerbrechtes hieher.

[69]) Auch Thurnau wird hieher gezählt und gehört wahrscheinlich hieher, allein die Angaben bei Weber I, 1144 sind nicht ausführlich genug, und andere Quellen fehlen.

[70]) Erbach: Beck 233; Bamberg: LR. I. 2. 10. 1. S.

Digitized by Google

II. Bei beerbter Ehe tritt Fortsetzung der Gütergemeinschaft ein, für welche folgende Grundsätze gelten:

1) Der überlebende Ehegatte verwaltet das Gesammtvermögen und ist in derselben Ausdehnung, wie während der Ehe der Ehemann, zur Vertretung der Gemeinschaft legitimirt [71]). In der Disposition ist nach Erbacher Recht die Stellung der Kinder analog der der Ehefrau; es ist ihre Einwilligung zur Verfügung über Immobilien und zu reinen Liberalitäten erforderlich (Beck 259). Dagegen ist nach Bamberger Recht die Einwilligung nur erforderlich zu ungewissen und gefährlichen Geschäften [72]), zu ungebührlichen Schenkungen [73]) und Bürgschaften [74]). Zu allen anderen Verfügungen, namentlich auch zu Veräußerung und Verpfändung, ist Einwilligung der Kinder nicht erforderlich, und ist auch ein Widerspruchsrecht derselben nicht begründet (LR. I. 2. 10. 17—19 S. 217). Während der Dauer des Verhältnisses fällt der Erwerb der Eltern, nicht aber der der Kinder, in die Gemeinschaft [75]).

2) Die Auflösung erfolgt nach Erbacher Recht bei Wiederverehelichung des überlebenden Ehegatten, wenn nicht Einkindschaft eintritt, und durch freiwillige Abfindung; in beiden Fällen wird das Vermögen zwischen parens und Kindern zur Hälfte getheilt (Beck 264 f.). Nach Bamberger Landrecht dage-

211. Dies erstreckt sich aber nicht auf das Sondergut, über das der Eigenthümer testiren kann. LR. I. 2. 6. 8 S. 180.

71) Erk. 7|8. 47. Bl. XIV, 334.

72) Als solche erscheinen alle, bei denen ein Vermögensverlust in Aussicht steht; Erk. 25|11. 61. Bl XXVII, 142.

73) Erk. 27|1. 62. Bl. XXVII, 391.

74) Erk. 13|2. 60. Bl. XXV, 110.

75) Erbach: Beck 250; Bamberg: LR. I. 2. 10. 5. S. 213.

Digitized by Google

gen sind die Fälle ausdrücklich vorgeschrieben, in welchen Grundtheilung beantragt oder angesprochen werden kann; es sind dies nämlich folgende:

a) wenn für die zweite Ehe der Güterstand der wechselseitigen Erbfolge oder Errungenschaftsgemeinschaft verabredet wird [76]).

b) Wenn der Güterstand des gemeinen Rechtes verabredet wird, so können die Kinder binnen drei Monaten auf Grundtheilung dringen, insoferne das Einbringen des neuen Ehegatten nach richterlichem Ermessen nicht entsprechend ist, außerdem gelten die Kinder der neuen Ehe als stillschweigend vereinkindschaftet, den Eltern dagegen steht es nicht zu, Grundtheilung zu verlangen (LR. II. 1. 3. 1—5 S. 232).

c) Gilt für die zweite Ehe der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, so kann mit allseitiger Einwilligung Aufhebung der Gütergemeinschaft mit Abfindung der Kinder durch Herausgabe des Eingebrachten ihres verstorbenen Elterntheiles eintreten (LR. II. 1. 4. 11. S. 245). Außerdem sind durch das Gesetz die Fälle bestimmt, in welchen auf einseitiges Verlangen eines der Interessenten die Grundtheilung vorgenommen werden muß, und in welchen sie richterlich verfügt werden kann, wenn sie nicht vertragsmäßig vollzogen wird [77]). Bei Grundtheilung wird das gemeinschaftliche Vermögen nach Köpfen durchgetheilt (LR. II. 1. 4. 11. S. 245).

(Schluß folgt.)

---

[76]) LR. II. 1. 3. 8. und 9 S. 235; hier muß immer abgetheilt werden.

[77]) Ich muß hier auf Spies Handbuch des Bamberger Provinzialrechtes verweisen, der S. 121 die Fälle spezialisirt. Das Landrecht, das kasuistisch Alles bestimmen will, gibt noch eine Reihe von Vorschriften für fernere Ehen, die ich hier übergehe.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten gestellt.

Vergl. Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 151.

Auf eine Darlehensklage erwiderte der Beklagte, er sei nach einem mit dem Kläger getroffenen Uebereinkommen zur Darlehenszahlung erst dann verbunden, wenn er sein Anwesen zu X. veräußert haben werde, was aber noch nicht geschehen sei.

Gegen das Erkenntniß der II. Instanz, welches dem Beklagten den Beweis dieser Uebereinkunft auflegte, revidirte Kläger, weil eine rechtswirksame Einrede gar nicht vorliege, indem die behauptete Bedingung in die reine Willkür des Beklagten gestellt, sohin als nicht gesetzt zu betrachten sei, und weil, wenn der Beweis des Uebereinkommens dennoch als zulässig erachtet würde, Beklagter noch ferner zu beweisen hätte, daß er sein Anwesen noch nicht veräußert habe, weil die fragliche Uebereinkunft nur in Verbindung mit diesem Umstande den Beklagten einstweilen von der Klage befreien könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß II. Inst. und führte hiezu an:

„Allerdings bestimmt das zur Anwendung kommende bayer. Landrecht in Th. IV Kap. I §. 8, daß solche Bedingungen, kraft welcher eine Verbindlichkeit lediglich dem freien Willen des Verpflichteten überlassen ist, eine rechtliche Wirksamkeit nicht zu äußern vermögen; allein es wird hier zugleich die weitere Bestimmung beigefügt, daß obige Regel nicht zur Anwendung komme, wenn dergleichen Bedingnisse nicht so fast substantiam obligationis als vielmehr modum solutionis betreffen. Die in der behaupteten Uebereinkunft enthaltene Bedingung berührt nicht die Substanz der

Obligation, nicht das Wesen des in Mitte liegenden Darlehensgeschäftes, sondern bezieht sich lediglich auf die Art und Weise der Zahlung, erscheint also gesetzlich zulässig. — Diese Annahme findet ihre Bestätigung auch in Th. IV Kap. XIV §. 9 Ziff. 4, wo sogar einer Vereinbarung Giltigkeit beigelegt wird, nach welcher dem Schuldner gestattet ist, nach Gelegenheit und eigenem Belieben zu zahlen.

Auch der eventuelle Revisionsantrag erscheint nicht begründet. Für den Einredebeweis des Beklagten genügt es, wenn er das dieser Einrede zu Grunde liegende Faktum beweist, da für die Fortdauer eines einmal bestehenden Zustandes die Vermuthung spricht, und es vielmehr Sache des Klägers gewesen wäre, in der Replik das Aufhören dieses Zustandes zu behaupten, nämlich mit dem Asserte hervorzutreten, daß die fragliche Veräußerung bereits stattgefunden habe, was jedoch nicht geschehen ist."

OAGE. v. 28. Febr. 1868 Reg.-Nr. $1503^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Dieser nach bayerischem Rechte entschiedene Fall wäre in gleicher Weise auch nach gemeinem Rechte zu entscheiden.

Nur die auf das bloße Wollen (si velit) gestellte Bedingung schließt das Dasein einer Obligation aus; ist aber die Bedingung auf eine äußere Handlung des Verpflichteten gestellt, so wird, wenn diese Handlung auch ganz von dem Willen desselben abhängt, hiedurch die Giltigkeit der Obligation keineswegs beeinträchtigt. Savigny Syst. Bd. III S. 131 u. 132.

Indessen handelt es sich hier gar nicht um eine Bedingung. Unbestritten liegt ein Darlehen vor und der Mutuar ist stets verbunden, das Empfangene zurückzuzahlen. Hinge diese Verbindlichkeit erst noch von einer Bedingung ab, so müßte ein anderes Geschäft als ein bloßes Darlehen vorhanden sein. Die Zahlungsverbindlichkeit des Beklag-

Digitized by Google

ten steht also vollkommen fest, und es handelt sich bei der in Mitte liegenden Uebereinkunft, nach welcher die Frage, wann die Zahlung zu leisten sei, von einer willkürlichen Handlung des Mutuars abhängt, lediglich um eine Zeitbestimmung.

Nun fehlt zwar im gemeinen Rechte eine ausdrückliche Vorschrift, nach welcher, wie nach bayer. Rechte, die Zahlung in solchem Falle erst nach dem Tode des Verpflichteten verlangt werden kann, wenn dieser die betreffende Handlung nicht bei Lebzeiten vornimmt; man pflegt aber die Frage dennoch in gleicher Weise zu beantworten, indem man sich hiefür auf fr. 4 locati (19, 2) und fr. 32 de donat. (39, 5) beruft. Indem aber diese Stellen nur von dem Falle sprechen, daß eine Gestattung mit dem Tode des Gestattenden aufhört, während es sich in unserem Falle darum handelt, daß eine als Recht eingeräumte Zahlungs-Aufschiebung mit dem Tode desjenigen, welchem sie eingeräumt wurde, ihr Ende erreiche, so scheinen dieselben auf unseren Fall wenig zu passen; gleichwohl aber läßt sich behaupten, daß sie für diesen ein vollgiltiges Argument zulassen, weil der Wille des Menschen mit dem Tode desselben aufhört, sohin auch der lediglich von diesem Willen abhängige Aufschub der Erfüllung einer an sich feststehenden Verbindlichkeit aufhören muß. Vergl. fr. 9 qui sine manumiss. (40, 8). Läge der Aufschub auch noch in der Willkür der Erben, so könnte dieses zu einer gänzlichen Nichterfüllung führen.

Bezüglich der durch die eventuelle Revision angeregten Frage ist bereits in diesen Blättern Bd. XXV S. 97 (vergl. daselbst S. 282) das Nähere ausgeführt, indem, was dort von der Bedingung gesagt ist, in gleichem Maße auch von der Zeitbestimmung gilt. Rm.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 15. Aug. 1868. 33. Jahrgang. No. 17.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. (Schluß.) — Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt.

Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten,

von Prof. Paul Roth in München.

(Schluß.)

III. Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten.

Diese Form, die sich auch anderwärts am meisten verbreitet hat[78]), liegt in der Mehrzahl

[78]) Sie lag den westfälischen Statuten zu Grunde, s. die Uebersicht bei Sommer im Neuen Archiv für Preußisches Recht XI, 291. Bekanntlich wurde nach langen Verhandlungen durch das Gesetz vom 16. April 1860 für Westfalen der Grundsatz in der Hauptsache anerkannt. Da diese Form den Statuten von Paderborn, Münster und Minden ursprünglich angehört, und ebenso, wie die Darstellung von Petersen zeigt, in dem Rechte von Osnabrück sich ausgebildet hat, wozu bei uns noch Würzburg, Eichstädt und Fulda kommen, so scheint eine gleichheitliche Rechtsbildung in den geistlichen Fürstenthümern angedeutet, die sich auch bei anderen Rechtsinstituten findet, ohne daß ich mir den Grund zu erklären wüßte.

Digitized by Google

der bayerischen Statuten vor, nämlich Würzburg, Castell, Schweinfurt [79]), Windsheim, Pappenheim [80]), Kaufbeuren, Fulda, Eichstädt, Weißenburg, Oettingen und Nördlingen [81]). Es treten hier folgende Verhältnisse ein.

A. Bei unbeerbter Ehe ist der überlebende Ehegatte nach einem Theile der Statuten Alleinerbe [82]), während andere Statuten die Ascendenten konkurriren lassen [83]).

---

[79]) Diese drei sind mit wenigen Abweichungen identisch; namentlich ist die Casteller LV. nichts als eine ungeschickte und schwülstige Paraphrase der Fränkischen LGO.; der materielle Inhalt ist bezüglich des ehelichen Güterrechtes fast gleich.

[80]) Diese beiden rechnet Arnold zur prorogirten Gütergemeinschaft; allein die freie Dispositionsbefugniß des parens superstes spricht dagegen, in Windsheim überdieß der Umstand, daß er über das Ganze testiren kann, und den Kindern nur den gemeinrechtlichen Pflichttheil lassen muß.

[81]) Die fünf letzteren Statuten können schon deßhalb nicht zu der fortgesetzten Gütergemeinschaft gerechnet werden, weil der wiederheirathende parens nicht eine Quote des Vermögens, sondern einen nach den Umständen zu bestimmenden Voraus herausgibt.

[82]) Eichstädt: Arnold: I, 346; Pappenheim: Arnold I, 632; Windsheim: Arnold I, 839; Fulda: Göß-mann §. 49. In Nördlingen, wenn die Ehe über Jahresfrist gedauert hat, außerdem er das Vermögen der Verstorbenen mit den Verwandten zur Hälfte theilt, Arnold I, 475. In Würzburg, Schweinfurt und Castell kann die allgemeine Gütergemeinschaft bei unbeerbter Ehe nur in Folge von Kondonation vorliegen, in welchem Falle der überlebende Ehegatte Alleinerbe ist.

[83]) In Kaufbeuren muß der überlebende Ehegatte den Ascendenten des verstorbenen $^1/_6$ des reinen Vermögens herausgeben, St. 1765. Art. 5. In Oettingen und Weißenburg wird er von Ascendenten ausgeschlossen, Arnold I, 572, 829.

Digitized by Google

B. Bei beerbter Ehe geht mit dem Tode eines Ehegatten das gesammte Vermögen in der Art auf den überlebenden Ehegatten über, daß derselbe die ausschließliche Disposition darüber auch nach denjenigen Statuten hat, welche während der Dauer der Ehe die einseitige Disposition des Ehemannes für alle oder einzelne Geschäfte ausschließen [84]). Er kann also nicht nur einseitig Verträge überhaupt schließen, sondern ist namentlich in der Disposition über Immobilien nicht beschränkt. Die Frage, welches Rechtsverhältniß dabei vorliege, namentlich, ob die Kinder als Erben ihres verstorbenen parens und demnach als Theilhaber des gemeinsamen Vermögens anzusehen seien (s. g. Kondominialprinzip) oder ob der überlebende parens Alleineigenthümer des ganzen Vermögens werde (Konsolidationsprinzip [85]), kann von vorneherein für

[84]) Dieß gilt namentlich in Eichstädt: Erk. 23|11. 59. Bl. XXV, 145 (gegen Arnold I, 345); Fulda: Göß mann §. 49; Kaufbeuren, wo das Statut dem überlebenden Ehegatten keinerlei Beschränkung auflegt, dann Würzburg, Castell und Schweinfurt, wo das der Ehefrau eingeräumte Reklamationsrecht den Kindern nicht zusteht. Von den anderen Statuten gewähren Oettingen und Pappenheim dem Ehemanne während der Ehe freie Disposition, während Nördlingen, Weißenburg und Windsheim keine Bestimmung enthalten (oben Note 36).

[85]) Es war dies Veranlassung zu langjährigen Differenzen zwischen dem Berliner Obertribunal und dem Paderborner Oberlandesgericht, von denen ersteres das Kondominial-, letzteres das Konsolidationsprinzip vertrat. Die beste Uebersicht gibt Budde Beitrag ꝛc. in Sommer neues Archiv XI, 471, der sich mit schlagenden Gründen für das Letztere erklärt. In dem neuen Gesetze vom 16. April 1860, durch welches die allgemeine Gütergemeinschaft in der ganzen Provinz Westfalen mit Ausnahme weniger Bezirke eingeführt und einheitlich geregelt ist, ist ein Mittelweg eingeschlagen.

*

Digitized by Google

diejenigen Statuten gar nicht aufgeworfen werden, nach welchen die Kinder bei Abschichtung nur eine nach den Umständen festzusetzende Abfindung anzusprechen haben [86]). Andererseits ist in der fränkischen Landgerichtsordnung [87]) und dem Fuldaer Rechte (Göß mann §. 50) das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten ausdrücklich, in dem Windsheimer Rechte aber indirekt dadurch anerkannt, daß hier der überlebende Ehegatte über das ganze Vermögen testiren kann, und nur das gemeinrechtliche Pflichttheilsrecht der Kinder wahren muß (Arnold I, 840). Zweifelhaft könnte daher nur sein das Recht von Pappenheim und Kaufbeuren [88]), bei denen aber die vorliegenden Bestimmungen keinen Anhaltspunkt für das Miteigenthum der Kinder gewähren. Der überlebende Ehegatte bleibt demnach Alleineigenthümer des Vermögens, bis er nach den gesetzlichen Bestimmungen mit den Kindern theilen muß. Dies ist der Fall:

1) bei Wiederverehelichung nach allen Statuten außer nach Fuldaer Recht, welches die gesetzliche Einkindschaftung mit Vorausregulirung vor-

---

[86]) Es sind dies: Eichstädt, Weißenburg, Oettingen nnd Nördlingen s. unten Note 92 folg. Für Eichstädt ist das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt in Erk. 23|11. 59. Bl. XXV, 145.

[87]) In Erk. 13|1. 62. Bl. XXVII, 171 ist gegen Schelhaß §. 35 ausgeführt, daß nach den klaren gesetzlichen Bestimmungen der Fr. LGO. den unabgetheilten Kindern keine Miteigenthumsrechte, sondern nur theils einzelne Ansprüche, theils eventuelle An- und Erbrechte zustehen; dasselbe gilt für das Schweinfurter Recht, und nach dem Inhalte der Casteller LB., obwohl diese §. 103 von Fortsetzung der Gütergemeinschaft spricht.

[88]) Hier galt früher Theilrecht mit Beisitz, ähnlich wie in Lindau: Hörmann Kaufburae privil. §. 37; das jetzige Recht beruht nur auf dem Statute von 1765.

Digitized by Google

schreibt [89]), während nach den übrigen Statuten die Einkindschaft, welche allerdings die Abtheilung ausschließt, nur vertragsmäßig ist [90]).

2) In den durch einzelne Statuten besonders bestimmten Fällen [91]).

Das Prinzip der Theilung ist verschieden, indem

1) die eine Klasse von Statuten für die Abtheilung nicht ein Quotenverhältniß festsetzt, sondern die Abfindung der Kinder in dem einzelnen Falle nach bestimmten gegebenen Anhaltspunkten normiren läßt. In Eichstädt wird der Voraus den Kindern nach vernünftigem Ermessen bestimmt, kann also auch unter der Hälfte des Vermögens betragen (Arnold I, 347, 1). In Weißenburg erhalten bei Abtheilung die Kinder gewisse Effekten des verstorbenen parens und eine Abfindung, welche früher zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Betheiligten vereinbart wurde [92]), jetzt nach dem „Eingebrachten" des verstorbenen Ehegatten regulirt wird, wovon die

---

[89]) Göß mann §. 51 f. Grundtheilung muß nur vorgenommen werden, wenn die Eltern der ersten Ehe verstorben sind, und der überlebende Stief-parens sich wieder verehelicht. Göß mann §. 61.

[90]) Dieses gilt namentlich nach der fränkischen LGO. und den verwandten Rechten, da der überlebende parens zur Einkindschaftung nicht gezwungen werden kann.

[91]) Die fränkische LGO. enthält sehr ausführliche Bestimmungen, die sich theilweise auch auf das Rechtsverhältniß während der Ehe beziehen s. Schelhaß §. 45, 46; ähnlich die Statuten von Schweinfurt und Castell. Außerdem kann wegen Verschwendung des überlebenden Ehegatten eingeschritten werden in Fulda: Göß mann §. 50; die anderen Statuten geben keine Vorschriften.

[92]) Roth de successione conjugum Weissenburg. Altorf 1767. §. 22.

Digitized by Google

Hälfte dem überlebenden Ehegatten bleibt [93]). In Oettingen sollen die Kinder erster Ehe von dem zur zweiten Ehe schreitenden Gatten „mit einem väterlichen oder mütterlichen nach dem vorhandenen Vermögen ad protocollum bedacht werden" (VO. 22/11. 1772. Arnold I, 614).

In Nördlingen soll bei Wiederverehelichung der überlebende Ehegatte „Auszeigung thun, was und wie viel der verstorbene Vater oder Mutter in die Haushaltung gebracht, und nach dessen Befindung für väter- und mütterlicher Gebühr wie recht und billig sich vergleichen, die verglichene und bestimmte Summa schriftlich verfassen" (St. III, 10; Arnold I, 477). Wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt, wird der den Kindern auszuweisende Betrag durch Vertrag festgesetzt, wobei das Einbringen des verstorbenen Ehegatten den Anhaltspunkt gewährt [94]).

In den angeführten vier Statuten tritt das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten ganz be-

---

[93]) Arnold I, 827 Note 2 nach Aufzeichnungen in der AG.-Bibliothek. Der Ausdruck „Eingebrachtes" wird hier wörtlich zu nehmen, also nicht auf das während der Ehe ererbte und errungene Vermögen auszudehnen sein, da in der Note 92 citirten Stelle als langjährige Uebung bezeugt ist, daß der überlebende Ehegatte regelmäßig die ganze Errungenschaft behält.

[94]) Dieß entspricht auch der älteren Praxis, welche Ayrer (Troeltsch) in Analecta Statut. Noerdling. Gött. 1749 §. 19 bezeugt: portionem liberis assignandam lex non definit, sed privatae conventioni relinquit; dasselbe ergibt sich aus Donauer Consilia 144, 6, wo die gleiche Observanz bezeugt ist, da hier von einem mütterlichen Eingebrachten von 1600 fl. den Kindern ein Voraus von nur 400 fl. rechtsgiltig d. h. unter Zuziehung der Verwandten und mit obrigkeitlicher Genehmigung ausgewiesen war, worüber sich der Verfasser sehr ereifert.

Digitized by Google

stimmt hervor. Die Kinder sind nicht Erben des verstorbenee Ehegatten, sondern haben nur einen persönlichen Anspruch auf eine von dem überlebenden Ehegatten bei Wiederverehelichung zu bestimmende Abfindungssumme, für deren Feststellung in Weißenburg und Nördlingen [95]) das Vermögen des Verstorbenen einen Anhaltspunkt gewährt, nicht aber entscheidet. Hier bleibt also nicht einmal der Vermögensstand zur Zeit der Auflösung der Ehe, noch viel weniger der zur Zeit der Abtheilung die Grundlage der Berechnung. Als fortgesetzte Gütergemeinschaft kann aber dieses Verhältniß um so weniger bezeichnet werden, als hier der überlebende Ehegatte allein disponirt, und der Erwerb sowohl des Ehegatten als der Kinder nicht in die Gemeinschaft fällt.

2) Die andere Klasse theilt nach Quoten des reinen Vermögensstandes zur Zeit der Abtheilung, und zwar Kaufbeuren in der Art, daß der überlebende Ehegatte sein eingebrachtes und während der Ehe durch Schenkung oder Erbschaft erworbenes Vermögen zum Voraus herausnimmt und das übrige Vermögen nach Abzug der Schulden mit den Kindern zur Hälfte theilt (Statut 1765 Art. 4). In Pappenheim theilt der überlebende parens das reine Vermögen mit den Kindern zur Hälfte (Arnold I, 633); in Windsheim theilt er ebenso zur Hälfte, und erhält von der Kinderhälfte einen Kopftheil (Arnold I, 840). Nach der fränkischen LGO. und der Kasteller LV. erhält der abtheilende parens $^1/_3$, die Kinderseite $^2/_3$ des reinen Vermö-

[95]) Hier ist dieses Verfahren offenbar ein Rest der gesetzlichen Einkindschaft, die hier gegolten haben muß, wie in manchen anderen Statuten, noch jetzt in Fulda. Bezüglich Weißenburg's führt dies aus Sandhaas 606, 21, a.

Digitized by Google

gens [96]); ebenso nach Schweinfurter Stadtrecht, wenn mehrere Kinder konkurriren; mit einem Kinde theilt der parens zur Hälfte (Stat. 13, 1). In Fulda endlich erhält der abtheilende Stief-parens einen Kopftheil (Göß mann §. 60). Da nach allen diesen Statuten der Vermögensstand zur Zeit der Abtheilung maßgebend ist, so ist der Erwerb des überlebenden Ehegatten bis zum Zeitpunkte der Theilung von selbst darunter begriffen; eigenthümlich aber ist der fränkischen LGO. und den mit ihr zusammenhängenden Rechten, daß auch gewisse Erwerbungen der Kinder dem überlebenden parens zufallen, und daher in die Grundtheilung gezogen werden [97]).

III.

Das Rechtsverhältniß.

Kaum irgend ein Institut unseres Civilrechtes hat so vielfache sich widersprechende Deutungen erfahren, als die allgemeine Gütergemeinschaft. Die älteren Praktiker hatten keinen anderen Gesichtspunkt, als den der societas [98]). Erst Ende des 17. Jahrhunderts wurde die Theorie des Gesammteigenthumes aufgestellt, und zwar von einem Bamberger Juristen, Justus Veracius, der 1681 einen li-

---

[96]) Schelhaß §. 44; das Sondergut ist nicht darunter begriffen.

[97]) Schelhaß §. 40. Es gilt dieß namentlich von der großelterlichen Erbschaft, wenn der überlebende parens sie nicht zum Sondergute machen will.

[98]) S. z. B. Leyser Meditat. Sp. 184, 7, 8; diese Auffassung liegt noch den Bestimmungen des Bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 32 zu Grunde; s. Anmerk. Nr. 4.

Digitized by Google

bellus consuetudinum principatus Bambergensis veröffentlichte, und seit Mitte des 18. Jahrhunderts allgemein namentlich auch von den Romanisten rezipirt [99]). Besonders bezüglich der allgemeinen Gütergemeinschaft wurde die neue früher unbekannte Lehre ausgeführt von Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter ꝛc. Bayreuth 1766, welche Schrift mit besonderer Rücksicht auf das Bayreuther Recht geschrieben ist, so daß also die Begründung und Ausführung dieser Theorie durch Schriftsteller geschah, die in jetzt bayerischen Gebietstheilen lebten. Die Weiterverbreitung aber erfolgte vor allem durch Scherer, der seine „verworrene Lehre der allgemeinen Gütergemeinschaft", Mannheim 1799, 2 Thle. und die Unterscheidung der regulären und irregulären Gemeinschaft darauf begründete, indem er unter letzterer Benennung Alles subsumirte, was sich mit der von ihm als „regulär" bezeichneten Theorie nicht vereinigen ließ. Dagegen trat Hasse in seinem Beitrage zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, Kiel 1808, auf, indem er unter Verwerfung des Begriffes des Gesammteigenthumes das Rechtsverhältniß darauf zurückführte, daß die Ehegatten in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens als eine juristische Person anzusehen seien. Neuerdings ist dieß von Beseler (Privatrecht §. 140) dahin präzisirt, daß die Ehegatten in ihrer genossenschaftlichen Verbindung das Rechtssubjekt in der Gütergemeinschaft bildeten. Allen diesen Auffassungen stellt sich Dunker mit der Behauptung entgegen, das Ehevermögen stehe während der Ehe in dem Alleineigenthume des Mannes, und der Frau kämen nur eventuelle Rechte daran zu (Dunker Gesammt-

[99]) S. Dunker Gesammteigenthum S. 9 f.

Digitized by Google

eigenthum 203). Die Mehrzahl der Schriftſteller iſt ſeit Maurenbrecher (Privatrecht §. 486) zu der Auffaſſung der älteren Romaniſten zurückgekehrt, und faßt dieſe nur präziſer dahin, daß während der Ehe das gemeinſchaftliche Vermögen im Miteigenthume der Ehegatten ſtehe [100]).

Dieſe verſchiedenen Theorieen haben ſich ſucceſſiv in der Rechtsſprechung des OGH. geltend gemacht. Gönner und Seuffert waren Anhänger der Theorie vom Geſammteigenthume [101]), und dieſe ſcheint lange die alleinherrſchende geweſen zu ſein [102]). Neuerdings iſt dieſelbe indeſſen für die größeren Statuten von dem OGH. verworfen, und die des Miteigenthumes anerkannt, ſo für Bayreuth [103]), Bamberg [104]) und Würzburg [105]). Dieſe Auffaſſung iſt für die oben unterſuchten Statuten die

---

[100]) Runde eheliches Güterrecht §. 58 f.; Gerber §. 233; Walter §. 208; Gengler §. 184; Hillebrand §. 186.

[101]) Erſterer ſpricht ſich darüber im Kommentare zum Hyp.-Geſ. II, 210 unumwunden aus; Seuffert vertrat dieſe Auffaſſung wie in ſeiner Inauguralabhandlung, ſo auch ſpäter z. B. Bl. XIX, 148, 1.

[102]) So z. B. ſchon in einem Erkenntniſſe bei Arnold I, 176, 1. Beſonders beſtimmt iſt dieſe Auffaſſung hervorgehoben in den Erkenntniſſen 11|11. 53, Bl. XIX, 145 und 23|11. 59, Bl. XXV, 146.

[103]) Erk. 28|4. 56. Bl. XXI, 501.

[104]) Erk. 27|1. 62, Bl. XXV, 392. Ein früheres Erkenntniß 21|2. 48, Bl. XV, 313 dagegen ſcheint für Bamberg die Dunker'ſche Theorie vom Alleineigenthume adoptirt zu haben, da es annimmt, die Frau ſei nicht Mitbeſitzerin der Immobilien.

[105]) Erk. 24|10. 63, Bl. XXIX, 25. Hier iſt ausdrücklich anerkannt, daß der vorabſterbende Ehegatte von dem überlebenden beerbt werde, indem alle Rechtsfolgen eines unbedingten Erbſchaftsantrittes kraft des Geſetzes eintreten.

Digitized by Google

allein berechtigte, schon weil sie sämmtlich aus der gesammten Hand hervorgegangen sind, einem Institute, welches, auf jetzige Rechtsbegriffe zurückgeführt, nur als Miteigenthum bezeichnet werden kann (Gosen kleines Kaiserrecht 131). Die Anwendung des Begriffes des Gesammteigenthumes auf das eheliche Güterrecht ist nicht, wie Viele glauben, das ursprüngliche mit der Rezeption des römischen Rechtes modifizirte; dieser Begriff entstand erst, als das römische Recht schon Alles durchdrungen hatte. Ich kann hier nicht die Gründe wiederholen, welche gegen diese Auffassung im Allgemeinen sprechen, und welche für die einzelnen Rechtsinstitute, auf die sie Anwendung leiden soll, Gesammtbelehnung, Ganerbschaft, Markgenossenschaft, nach ihrer historischen Entwickelung dagegen anzuführen sind; ich will nur hervorheben, daß unter den bayerischen Statuten von vorneherein diejenigen, die ich oben unter der Kategorie Abtheilung mit Beisitz zusammengestellt habe, überhaupt nicht unter den Gesichtspunkt des Gesammteigenthumes fallen können, da hier ja mit Auflösung der Ehe die Theile sofort gegeben sind, und daß ebenso bei den beiden anderen Klassen innere Gründe gegen die Anwendbarkeit sprechen. Für alle größeren Statuten läßt sich bei näherer Untersuchung nachweisen, daß diese Theorie historisch betrachtet eine grundlose Hypothese, vom dogmatischen Standpunkte aber aus unvereinbar mit dem Inhalte der Bestimmungen dieser Statuten sei. Kein Institut unseres Civilrechtes zeigt uns deutlicher, als dieses, wie gefährlich es ist, wenn man die oberflächlichen Vermuthungen der Praktiker des vorigen Jahrhunderts für zweifellose Grundsätze des ältesten deutschen Rechtes passiren läßt.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt.

S. G. verstarb mit Hinterlassung einer Wittwe, welche als solche einen Knaben gebar, ehe noch seit ihrer Trauung mit S. G. 182 Tage verlaufen waren. Die nächsten Verwandten des S. G. weigerten sich deshalb, den Knaben als dessen Sohn anzuerkennen, weshalb die Vormundschaft des Letzteren mit einer Filiationsklage auftrat, welche auf die Behauptung gestützt war, daß S. G. das von seiner Ehefrau zu gebärende Kind als das seinige anerkannt habe.

Die Beklagten widersprachen die Erheblichkeit dieser Behauptung; sie wurde jedoch, da auch die Wahrheit derselben widersprochen war, in zweiter Instanz der klagenden Vormundschaft zum Beweise ausgesetzt.

Hiegegen revidirten die Beklagten mit der Bitte um Abweisung der Klage, weil nicht behauptet worden sei, daß der verlebte S. G. den nach seinem Tode geborenen Knaben gezeugt habe.

Diese Revision blieb ohne Erfolg, und die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber Nachstehendes:

In der Behauptung, daß S. G. den Knaben gezeugt habe, liegt zwar der wahre Klagegrund, allein da diese Thatsache eine unerforschbare ist, ihre rechtliche Wirksamkeit aber aus der Anerkennung des-

Digitized by Google

jenigen, welcher als Vater in Anspruch genommen wird, von den Gesetzen gefolgert wird, so hat die Klägerin mit Recht eine solche Anerkennung als Klagegrund geltend gemacht.

Eben so grundlos ist aber auch die Bekämpfung der Erheblichkeit der in der Klage behaupteten Anerkennung, da nicht zugleich behauptet worden sei, daß sie in einer der nach Nov. 117 Cap. 2 allein giltigen Formen geschehen sei.

Es ist nun zwar in dieser Novelle blos von einer Anerkennung die Rede, welche in einem Testamente oder in einer öffentlichen Urkunde erfolgt ist; allein es handelt sich hiebei um eine solche Erklärung des Vaters, welche jede weitere Anfechtung der ehelichen Zeugung des Kindes von Seite des ersteren ausschließt. Damit nun die Anerkennung des Vaters diese exkluside Wirkung äußere, ist durch die allegirte Novelle die spezielle Form der Anerkennung vorgeschrieben.

Im gegebenen Falle handelt es sich um die Legitimation eines unbeanstandet außer der Ehe geborenen Kindes durch nachfolgende Ehe. Es kann hier allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß zur Begründung dieser Legitimation die Thatsache erforderlich ist, daß der Ehemann, in dessen Ehe mit der Mutter des Kindes das letztere vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geboren wurde, dieses Kind wirklich mit dessen Mutter erzeugt habe; allein diese Thatsache lassen die Gesetze durch eine Anerkennung des Vaters zur formellen Wahrheit werden, indem sie hiefür eine violente Vermuthung aufstellen: fr. 1 §. 12. de agnosc. et alend. lib. (25, 3) wo es am Ende heißt: „grande praejudicium adfert pro filio confessio patris".

Es ist zwar hier nur die Rede von dem Falle, wenn nach Scheidung der Ehe die Ehefrau ein Kind gebärt und es sich nun um dessen eheliche Erzeug-

Digitized by Google

ung handelt; allein der eben angegebene Grundsatz ist ein allgemeiner, und auch der in jener Gesetzesstelle entschiedene Fall mit dem hier gegebenen vollkommen analog, da die Kindeseigenschaft dort wie hier unter Umständen in Frage ist, welche die Gewißheit der Vaterschaft zweifelhaft erscheinen lassen.

Es ist daher auch in der Doktrin der Grundsatz anerkannt, daß ein, wenn auch vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind die gesetzliche Vermuthung der von dem Ehemanne bewirkten Zeugung durch des letzteren Anerkennung erlange, ohne daß die Begründung dieser Vermuthung an die in der Nov. 117 Cap. 2 vorgeschriebenen Formen geknüpft wird. Seuffert, Lehrbuch der Pandekten §. 40; Windscheid, Lehrbuch der Pandekten §. 56 Note 7; Glück, Kommentar Bd. 28 S. 80; Seuffert, Archiv Bd. I Nr. 163. S. 167, Bd. XIII Nr. 232. S. 323 a. E. und S. 324; Bl. f. RA. Bd. XI S. 287, 288.

Eine andere Frage ist übrigens die, ob auch die vor der Geburt des Kindes erfolgte Anerkennung des Ehemannes die Wirkung habe, daß für die Erzeugung des Kindes durch den letzteren eine gesetzliche Vermuthung bestehe.

Diese Frage muß indessen bejaht werden.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß eine Anerkennung vor der Geburt des Kindes auf einer nicht gleich sicheren Grundlage wie jene nach dieser Geburt beruht und auf einer unrichtigen Meinung hinsichtlich der schon abgelaufenen Zeit der Schwangerschaft der Mutter beruhen kann, so daß es ungewiß ist, ob, wenn der vor der Geburt verstorbene Ehemann durch allzufrühe Geburt des Kindes über seinen Irrthum aufgeklärt worden wäre, er seine Anerkennung nicht widerrufen haben würde, während im gegebenen Falle der Ehemann der Kin-

Digitized by Google

desmutter bei der Geburt des Kindes schon gestorben war, sohin sich über die Sicherheit seiner vorherigen Annahme der Zeit der Schwangerschaft nicht mehr verlässigen konnte; allein auf der anderen Seite ist dann doch zu berücksichtigen, daß das Gesetz bei der Ungewißheit, ob ein wohl zu früh aber doch während der Ehe geborenes Kind von dem Ehemanne aus einer früheren Zeugung durch diesen abstamme, lediglich dessen Anerkennung gelten läßt, und hiemit alle Zweifel beseitigt wissen will. Hat nun der Ehemann vor der Geburt des Kindes die Schwangerschaft seiner Ehefrau gewußt, und hat er sich als Urheber derselben bekannt, so darf der Richter nicht weiter untersuchen, ob der Ehemann sich etwa im Irrthume über die Zeit der Entstehung dieses Zustandes befunden haben könne, da ein solcher Irrthum nur möglich, nicht aber gewiß ist, die bloße Möglichkeit eines solchen aber die einmal ausgesprochene Anerkennung nicht unwirksam machen kann.

Es ist hiebei auch zu erwägen, daß das Gesetz selbst im Zweifel über die durch den Ehemann vor Eingehung der Ehe bewirkte Zeugung mehr auf die Zeit der Geburt des Kindes während der Ehe als des Zeugungsaktes gesehen wissen will. Es wird nämlich in der Const. 11 de natural. liber. (5, 27) gesagt: „Et generaliter definimus, ut... semper in hujusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur, et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus inspiciendum.“ Dieß wird auch in Nov. 89, Cap. 8 §. 1 wiederholt bestätigt.

Hieraus geht jedenfalls so viel hervor, daß, wenn von Seite des Ehemannes eine Anfechtung der Zeugung des Kindes nicht vorliegt, die Frage, ob dieses Kind ein ehelich gezeugtes oder durch nach-

Digitized by Google

folgende Ehe legitimirtes Kind des Ehemannes sei, mit Rücksicht auf den Umstand, daß es in der Ehe geboren wurde, beantwortet werden müsse, und wenigstens aus diesem Umstande anderen Prätendenten, als dem Ehemanne gegenüber eine dringende gesetzliche Vermuthung für die durch den Ehemann bewirkte Zeugung begründet werde.

Diese Vermuthung muß aber um so stärker wirken, wenn der Ehemann, sei es vor oder nach der Geburt, ein solches Kind als das seinige anerkennt. Denn auch durch die der Geburt vorausgehende Anerkennung erklärt der Ehemann, daß er der Urheber der Schwangerschaft der Mutter und sohin der Vater des in Folge dieser Schwangerschaft zum Leben kommenden Kindes sei.

Das Gericht zweiter Instanz hat also mit Recht der klagenden Vormundschaft den Beweis der Anerkennung des fraglichen Kindes durch den verlebten Ehemann freigelassen. Von selbst versteht es sich indessen, daß den Beklagten der Gegenbeweis darüber zustehe, daß der Ehemann der B. G. das Kind nicht erzeugt habe, weil aus der fraglichen Anerkennung für die Zeugung durch Letzteren nur eine gesetzliche Vermuthung, nicht aber eine jeden Gegenbeweis ausschließende rechtliche Fiktion der durch Zeugung und Legitimation bewirkten Kindeseigenschaft abgeleitet werden kann.

OAGE. v. 2. März 1868 RNr. 35.

Rm.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 29. Aug. 1868. 33. Jahrgang. № 18.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Wenn das ordentliche Gericht des Schuldners ein von diesem unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses zugleich auch die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Schuldners und die Einstellung aller Partikularexekutionen verfügt hat, darf das Handelsgericht nicht mehr mit Exekutionen gegen das Vermögen des Schuldners vorschreiten. — Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die erfolgte Einstellung des Strafverfahrens als erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgeschriebenen Verhaftsbefehles unterlassen wurde. — Zur Einschreitung wegen eines durch Zusendung eines Drohbriefes verübten Erpressungsversuches ist das Gericht jenes Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist. — Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Wenn das ordentliche Gericht des Schuldners ein von diesem unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses zugleich auch die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Schuldners und die Einstellung aller Partikularexekutionen verfügt hat, darf das Handelsgericht nicht mehr mit Exekutionen gegen das Vermögen des Schuldners vorschreiten[1]).

Der Handelsmann Matthäus T. zu St. kam am 25. Nov. 1867 bei dem k. Bezirksgerichte Regensburg mit einem Gesuche ein, worin er darlegte, daß er unverschuldeter Weise in den Stand

[1]) Man vergl. hiemit Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 145.

Digitized by Google

der Ueberschuldung gerathen sei, sich aber noch bei häuslichen Ehren erhalten könne, wenn sich die Kurrent-Gläubiger mit 40% ihrer Forderungsbeträge begnügen würden, was für sie viel vortheilhafter als der Gantweg wäre, und bat, nachdem er seine Ueberschuldung im Einzelnen kundgegeben hatte, unter Sistirung aller Partikular-Exekutionen dieses Gesuch zur Verhandlung zu ziehen, dasselbe aber im Falle der Nichtgenehmigung als eventuelle Insolvenz-Erklärung zu erachten, und hienach das Weitere zu verfügen.

Das Bezirksgericht setzte dieses Gesuch unterm 29. Nov. 1867 zur Verhandlung aus, erließ aber zugleich als Vorbereitung zur Eröffnung des Gantverfahrens das Dispositions- und Zahlungsverbot, und beschloß die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Gemeinschuldners sowie die Einstellung aller Partikular-Exekutionen.

Hievon setzte dasselbe auch das k. Handelsgericht Regensburg unter Abverlangung der Akten in Kenntniß.

Das Handelsgericht erwiderte hierauf am 7. Dez. 1867, daß bei der bloßen Vorbereitung zur Eröffnung des Konkursverfahrens gemäß der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung vom Jahre 1785 Kap. XI §. 1 zur Zeit Partikular-Exekutionen nicht sistirt und deshalb auch die Akten nicht abgegeben werden können.

Am nämlichen Tage ertheilte dasselbe in Sachen des J. Z. M. in R. gegen Matthäus T. wegen Wechselschuld dem Beklagten den Auftrag zur Zahlung der restigen Wechselforderung sammt Zinsen und Kosten bei Vermeidung der Sperre. Der Vertreter des Beklagten remonstrirte vorsorglich gegen den Vollzug dieser Verfügung auf Grund der durch das Bezirksgericht Regensburg beschlossenen Sistirung aller Partikular-Exekutionen. Das Handelsgericht

gab indeß dem hierauf folgenden klägerischen Antrage auf Vollzug der Mobiliar-Sperre gegen den Beklagten am 18. Dez. 1867 statt, wies die beklagtische Remonstration aus dem oben angegebenen Grunde ab, und requirirte das k. Landgericht Regenstauf um Vollzug der Sperre.

Auf Veranlassung des beklagtischen Vertreters setzte dann das Bezirksgericht Regensburg das Handelsgericht daselbst in Kenntniß, daß es auf seinem Beschlusse vom 29. Nov. 1867 beharre, und wiederholte die hierin gestellte Requisition. Aber auch das Handelsgericht beließ es bei seiner Weigerung und bewirkte inzwischen die Ausführung der angeordneten Mobiliar-Sperre durch das Landgericht Regenstauf.

Der Vertreter des Beklagten regte nun den zwischen dem k. Bezirksgerichte und dem k. Handelsgerichte Regensburg bestehenden bejahenden Kompetenzkonflikt an, welcher von dem obersten Gerichtshofe nach gepflogener Instruktion dahin entschieden wurde,

daß im Vorbereitungsverfahren zur Eröffnung der Gant über das Vermögen des Gemeinschuldners Matthäus T. die Entscheidung darüber, ob die Partikularexekution zu Gunsten des J. Z. M. in X. an diesem Vermögen statthaft sei, dem k. Bezirksgerichte Regensburg zustehe.

Die Gründe dazu sind folgende:

Das k. Bezirksgericht Regensburg hat aus der Anzeige des Handelsmannes T. vom 25. Nov. 1867 entnommen, daß dessen Vermögen in einem Werthe von 4845 fl. bestehe und dessen Gesammtschulden einschlüssig 5200 fl. Hypothekkapitalien sich auf 9588 fl. belaufen, daher eine Ueberschuldung von 4743 fl. vorliege, indeß gleichwohl sein Fristen- und Nachlaßgesuch in Ansehung der Kurrentgläubiger

zur Verhandlung gezogen, aber mit Rücksicht auf dessen Insolvenz-Anzeige zur Sicherheit der Gläubiger und zur Vorbereitung des eventuellen Konkurses das Zahlungsverbot an den Schuldner erlassen, und die Beschlagnahme sämmtlicher Vermögenstheile desselben, sowie die Einstellung aller Partikular-Exekutionen gegen denselben beschlossen, hievon auch das k. Handelsgericht Regensburg verständigt, welches jedoch bei der bloßen Vorbereitung des Konkursverfahrens die Partikular-Exekutionen noch nicht einstellte.

Nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XIX §. 19 liegt es jedoch in der Befugniß des Konkursgerichtes, auch schon vor Eröffnung des Konkurses jede Partikular-Zahlung, jede Veräußerung und überhaupt Alles zu verbieten, was der allgemeinen Gantmasse nachtheilig werden kann, sohin auch Partikular-Exekutionen einzustellen.

Zwar kann gemäß Art. 80 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 und Art. 16 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 1. Juli 1856 der Konkurs nicht mehr von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger eines konkursmäßigen Schuldners oder auf des Letzteren Insolvenz-Anzeige erkannt beziehungsweise eröffnet werden, und ist daher das Civilgericht erst dann in der Lage, sich als Gantgericht zu konstituiren und die hiezu erforderlichen Maßregeln anzuordnen, wenn eines dieser beiden Momente gegeben ist.

Dieß ist nun hier bei der Insolvenz-Anzeige des Schuldners in der That der Fall, und liegt es in der Natur der Sache, daß dem die Gant-Maßregeln zur allgemeinen Sicherheit der Gläubigerschaft anordnenden Civilgerichte zur durchgreifenden Wirksamkeit seiner Anordnungen gesetzlich auch das Recht einzuräumen ist, die Sistirung der Partikular-Exekutionen nicht blos insoweit, als vor demselben

Digitized by Google

Gerichte einzelne Streitsachen dahin gediehen sind, sondern auch in Bezug auf jene Prozesse, welche unter anderen nach der bayerischen Gerichtsordnung urtheilenden Gerichten in das Exekutionsstadium bereits eingetreten sind, herbeizuführen, da alle Partikularprozesse jedenfalls, wenn sie in das Exekutionsstadium übergehen, vollständig an das universelle Konkursgericht zu überweisen sind.

Die Handelsgerichte, bei welchen nicht die allgemeine Gerichtsordnung, sondern die bayerische Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung vom Jahre 1785 zur Anwendung kommt, haben aber gemäß ausdrücklicher Vorschrift des §. 1 in Kap. XI derselben bei dem Bekanntwerden der Gantmäßigkeit des Schuldners, deren Konstatirung offenbar in die Zuständigkeit des Konkursgerichtes fällt, sohin der weiteren Prüfung der Handelsgerichte selbst entrückt ist, sofort mit Einleitung einer eintretenden Exekution oder mit Fortsetzung einer bereits eingeleiteten Exekution inne zu halten, und die Kläger zum Konkursgerichte zu verweisen.

Mit Unrecht hat daher das k. Handelsgericht Regensburg das Ansinnen des k. Bezirkgerichtes daselbst auf Einstellung der Partikular-Exekutionen abgelehnt, nachdem dieses Gericht dem ersteren die Ueberschuldung des Handelsmannes T. bekannt gegeben und eröffnet hatte, daß derselbe die Insolvenz angezeigt und sich unter Vorbehalt eines Arrangements mit dem Kurrentgläubiger dem Konkursverfahren unterworfen hat.

Insbesondere konnte der Umstand, daß das Bezirksgericht Regensburg zugleich auch auf Instruktion des Arrangementvorschlages bezüglich der Kurrentgläubiger eingegangen ist, dieses Gericht nicht hindern, zur ordnungsmäßigen Wahrung der Gesammtinteressen der Gläubiger zugleich auch die

Digitized by Google

erforderlichen Sicherungsmaßregeln für die Konkurseröffnung, wenn das beantragte Arrangement nicht zu Stande kommen sollte, zu treffen. Denn dem Civilgerichte ist es grundsätzlich bei jedem Verfahren und zwar in jedem Prozeßstadium freigestellt, die bestehenden Differenzen unter den Betheiligten im Wege der Güte zu beseitigen, so wie sich irgend ein Anhaltspunkt mit Aussicht auf Erfolg, was seinem Ermessen anheimfällt, hiezu ergibt, ohne daß an dem betreffenden Standpunkte, auf welchem das Verfahren zur Zeit des Ausgleichungsversuches angelangt ist, auch nur im Geringsten etwas geändert wird.

Erk. d. OGH. v. 24. Juli 1868, UV. Nr. 86.

2.

Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die erfolgte Einstellung des Strafverfahrens als erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgeschriebenen Verhaftsbefehles unterlassen wurde.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Wasserburg leitete wider den Schneidergesellen Johann Meyer von Tirschenreuth wegen Widersetzung gegen einen Gendarmen Anfangs Mai 1868 Untersuchung ein und erließ am 16. Mai einen Verhaftsbefehl gegen denselben, welcher im Central-Polizei-Blatte ausgeschrieben wurde. Nachdem sich ergeben hatte, daß dieser Johann Meyer auch schon unterm 14. Jan. 1868 von dem Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Deggendorf wegen Urkundenfälschung zur Verhaftung in diesem Blatte ausgeschrieben war, verwies das k. Bezirksgericht Wasserburg, weil dieser Verhaftsbefehl noch in Wirksamkeit bestehe, die Sache zur zuständigen Behandlung an das letztere Gericht.

Digitized by Google

Das Bezirksgericht Deggendorf lehnte jedoch aus dem Grunde, weil zur Zeit dieser Verweisung gegen Johann Meyer eine Untersuchung daselbst nicht anhängig war, indem die früher wider denselben wegen Urkundenfälschung eingeleitete Untersuchung schon am 21. März 1868 vom Bezirksgerichte Deggendorf eingestellt worden war, die Zuständigkeit in der Untersuchung gegen denselben wegen Widersetzung gleichfalls ab.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß jede Untersuchung mit dem Momente ihrer Einstellung die bisherige Eigenschaft als bei dem betreffenden Gerichte rechtshängig verliert und dieses negative Verhältniß fortwährend aufrecht bleibt, wenn nicht anderweitige erhebliche Schuldbeweise hervortreten, welche die Wiederaufnahme der Untersuchung zu veranlassen als geeignet sich darstellen, im Verlaufe der Zeit des eingestellten Verfahrens demnach von einer anhängigen Untersuchung keine Rede sein kann;

daß zwar in Folge der Einstellung des Verfahrens vom 21. März 1868 auch der Verhaftsbefehl gegen Meyer hätte zurückgenommen werden sollen, dieses Unterlassen aber an der rechtlichen Natur eines eingestellten Verfahrens nichts zu ändern vermag, vielmehr dieser Verhaftsbefehl nach dem Einstellungs-Beschlusse für die betreffende Sache von selbst außer Kraft getreten ist;

daß daher zur Zeit, als die Untersuchung bei dem k. Bezirksgerichte Wasserburg anhängig geworden ist, der Fall des Art. 22 Abs. 3 Th. II des StGB. v. J. 1813, welcher die Verübung mehrerer strafbarer Handlungen derselben Person in verschiedenen Gerichtsbezirken und deren gleichzeitige gerichtliche

Digitized by Google

Verfolgung voraussetzt, nicht vorlag, vielmehr nur der Abs. 1 dieses Artikels rücksichtlich des Vergehens der Widersetzung für das Bezirksgericht Wasserburg maßgebend war und ebenso auch jetzt ist;

aus diesen Gründen

erkennt der oberste Gerichtshof, daß zur Beschlußfassung über die Voruntersuchung gegen den Schneidergesellen Johann Meyer von Tirschenreuth wegen Widersetzung das k. Bezirksgericht Wasserburg zuständig sei.

Erk. d. OGH. v. 3. Aug. 1868, UB. Nr. 106.

3.

Zur Einschreitung wegen eines durch Zusendung eines Drohbriefes verübten Erpressungsversuches ist das Gericht jenes Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist[1]).

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Nürnberg leitete gegen den früheren Soldaten und nunmehrigen Landwehrmann Konrad Rost daselbst eine Untersuchung ein, weil derselbe mittels eines in Nürnberg aufgegebenen und nach Straubing abgesendeten Briefes den dortigen Hauptmann des k. achten Jägerbataillons, Ritter von Kammerloher, als seinen ehemaligen Kompagniekommandanten unter Drohungen und beängstigenden Zudringlichkeiten zur Ausstellung eines günstigen Leumundszeugnisses aufgefordert und hiedurch ein Vergehen der Erpressung im Versuchsgrade verübt habe.

Nach durchgeführter Voruntersuchung erklärte sich das k. Bezirksgericht Nürnberg durch Beschluß vom 29. Mai 1868 für unzuständig, weil der Bedrohte erst am Ankunftsorte des Briefes Kenntniß

[1]) Man vergl. hiezu Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 191.

von der gegen ihn gerichteten Drohung erhielt, die That daher erſt in Straubing zum Abſchluſſe gelangt ſei.

Das k. Bezirksgericht Straubing lehnte mit Beſchluß vom 1. Juli 1868 ſeine Zuſtändigkeit gleichfalls ab, weil ſchon die Aufgabe des Briefes zur Poſt den Anfang der Ausführung der beabſichtigten That enthalte.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem oberſten Gerichtshofe

in der Erwägung,

daß beim Verſuche einer ſtrafbaren That die Zuſtändigkeit des aburtheilenden Gerichtes nach dem Orte ſich richtet, wo die den Verſuch begründenden Handlungen ihren Abſchluß gefunden haben, als ſolcher aber im gegebenen Falle Straubing erſcheint, indem der fragliche Drohbrief dem Adreſſaten Hauptmann von Kammerlohr in Straubing übergeben, mithin erſt dort die Drohung gegen denſelben bewirkt worden iſt, durch welche er zur Ausſtellung eines günſtigen Leumundszeugniſſes gezwungen werden ſollte,

dahin entſchieden:

daß zur Beſchlußfaſſung auf die gegen Konrad Roſt wegen Verſuches der Erpreſſung geführte Voruntersuchung das k. Bezirksgericht Straubing zuſtändig ſei.

Erk. d. OGH. v. 3. Aug. 1868, UB. Nr. 107.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig.

So wurde vom obersten Gerichtshofe erkannt am 14. März 1868 (Reg.-Nr. $1461^{66}/_{67}$) aus nachstehenden Gründen:

„Beklagter verlangt definitive Klagsentbindung und stützt dieses Begehren auf die Behauptung, es sei die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung, weil in dem Notariatsakte vom 12. Februar 1865 nicht aufgenommen, auf Grund des Art. 14 des Not.-Ges. nichtig. — Diese Behauptung ist richtig, jedoch die Folgen, welche daraus entspringen, sind theilweise andere, als Beklagter voraussetzt.

Wie zur Uebertragung eines jeden dinglichen Rechtes an Immobilien kraft der Verfügung des angeführten Art. 14 die notarische Beurkundung nothwendig ist, so gilt dies insbesondere auch vom Uebertrage eines Hypothekarrechtes, mag nun dieses für sich allein [1]) Vertragsgegenstand sein, oder mag es nur als Zubehör der Forderung, an welche es zur Zeit geknüpft ist, übertragen werden. Auch im letzteren Falle ist immerhin der Wille der Kontrahenten direkt auf Uebertrag der Hypothek d. h. eines dinglichen Rechtes an Immobilien gerichtet

[1]) Hienach wäre es also juristisch möglich, ein Hypothekrecht auch ohne die Forderung zu cediren?

Digitized by Google

und muß daher Art. 14 nach Wortlaut und Sinn zur Anwendung kommen. Da Uebertrag der Forderung und Uebertrag der damit verbundenen Hypothek in untrennbarem Zusammenhange stehen, so muß selbstverständlich der ganze Cessionsvertrag notarisch beurkundet sein, denn es ist nicht statthaft, einen Vertrag zu spalten und nur insoweit der Form zu unterwerfen, als er die Begründung oder den Uebertrag oder die Aufhebung eines dinglichen Rechtes ausspricht, in seinen übrigen Theilen aber formlos zu lassen.

Eben hieraus ergibt sich aber die weitere Folge, daß in Fällen, wo eine wesentliche Vertragsbestimmung im Notariatsakte fehlt, sei es, daß sie aus Irrthum, sei es, daß sie mit Absicht ausgelassen wurde, nicht bloß diese einzelne Vertragsbestimmung, sondern der Vertrag im Ganzen rechtsunwirksam ist. Es ist die Sachlage genau die nämliche, als mangelte es bezüglich eines wesentlichen Vertragspunktes an der ernstlichen Willensübereinstimmung, und treten auch die nämlichen Folgen ein.

Wendet man nun die so eben erörterten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß offenbar nicht blos die Uebernahme der in Frage stehenden Haftung, sondern es muß der ganze Cessionsvertrag als ungiltig erscheinen und zwar kraft der eigenen Behauptungen des Klägers.

Für's Erste darf nicht bezweifelt werden, daß jene Nebenverabredung nach dem Willen der Kontrahenten zum Cessionsvertrage selbst gehörte und einen Theil der Vertragsbedingungen bildete. Der Umstand, daß der ausgestellte Haftschein unter Privatunterschrift das nämliche Datum trägt, wie der Notariatsakt, und die Erklärung des Klägers, „Beklagter habe vor, bei und nach der Cession sich haftbar erklärt," stellen dieß schon außer Zweifel und sollte dennoch ein Bedenken übrig bleiben, so

Digitized by Google

würde es durch die weitere Erklärung des Klägers in der Reviſion beſeitigt: „man habe die verabredete Haftung in die Notariatsurkunde aufzunehmen für überflüſſig gehalten und geglaubt, es genüge der Haftſchein.“ — Hierin liegt das offene Geſtändniß, daß die Kontrahenten ſich im Rechtsirrthume befanden und meinten, es bedürfte jene Nebenverabredung einer notariſchen Beurkundung nicht. — Dieſe Meinung könnte aber den nichtigen Akt nicht gültig machen.

Mit Unrecht hat das k. Appellationsgericht vorausgeſetzt, es werde ein erſt nach Aufnahme des Notariatsaktes gegebenes und unabhängig davon beſtehendes Haftungsverſprechen behauptet und hat bezüglichen Beweis auferlegt. Um ein ſolches ſelbſtändiges Verſprechen, welches allerdings giltig wäre, anzunehmen, müßte man unterſtellen, es ſei bei Abſchluß des Ceſſionsvertrages kein Werth auf jene Haftung gelegt worden; es habe vielmehr der Ceſſionar die Forderung auch ohne ſolche Haftung übernehmen wollen und erſt ſpäter habe der Cedent ſich entſchloſſen, jenes Verſprechen zu geben. Etwas Derartiges wird aber nicht behauptet, vielmehr gerade das Gegentheil. Es würde auch eine ſolche Behauptung höchſt unglaubwürdig ſein, da nicht einzuſehen wäre, warum der Cedent aus freien Stücken, ohne rechtliche Verpflichtung und Gegenleiſtung eine ſo gewichtige Vertragspflicht über ſich genommen haben ſollte. — Offenbar wollte daher Kläger, wenn er von einem dem Vertrage nachgängigen Verſprechen redet, nichts weiter ſagen, als daß die beim Vertrage übernommene Haftung auch nachher noch anerkannt worden ſei. Eine ſolche Anerkennung konnte aber, ſelbſt wenn ſie noch ſo beſtimmt lautete, keine Rechtswirkungen erzeugen, falls die urſprüngliche Verpflichtung, in welcher ſie ihre causa hat, formell nichtig war.

Digitized by Google

Für's Zweite ist ebenso zweifellos, daß hier eine wesentliche Nebenverabredung in Frage steht, nicht aber blos eine solche, auf welche man keinen Werth legte und welche zu geringfügig ist, um auf die Giltigkeit des Cessionsvertrages zurückzuwirken. —

Nach bayer. Landrechte Th. IV Kap. IV §. 8 Ziff. 3 haftet der Cedent nur dann für die Güte der Forderung, wenn er sich ausdrücklich hierzu verpflichtet hat. Diese Verpflichtung war, wie die Folgen gezeigt haben, in vorliegendem Falle von der größten Bedeutung und es kann als sicher angenommen werden, daß ohne dieselbe die Cession nicht oder wenigstens nicht so, wie geschehen, abgeschlossen worden sein würde. Schon der Umstand, daß ein besonderer Haftschein ausgestellt und dem Cessionar eingehändigt wurde, zeigt zur Genüge, daß man großen Werth auf diese Nebenverpflichtung legte.

Steht nun demgemäß fest, daß eine wesentliche Nebenverabredung des Cessionsvertrages vom 12. Februar 1865 nicht notarisch beurkundet wurde, so muß dieser ganze Vertrag als nichtig erscheinen. Die Nichtigkeit jener Nebenabrede, welche Kläger geltend machen will, bewirkt auch die Nichtigkeit des übrigen sonst formell giltigen Vertrages. Allerdings mag nun, auch von diesem Standpunkte betrachtet, Kläger eine Forderung zu machen haben, allein es ist dies jedenfalls eine wesentlich andere, als diejenige, welche er einklagt. — Seine Klage hätte sich nicht auf Erfüllung des Vertrages bezw. des Nebenversprechens zu richten, sondern etwa auf Rückerstattung des ohne Grund Geleisteten, und sein Anspruch würde sich nicht bemessen nach der cedirten Summe, sondern nach dem Cessionspreise, dessen Höhe bis jetzt nicht besprochen wurde.

Die gestellte Klage war daher als unbegründet abzuweisen."

Digitized by Google

Nachschrift des Einsenders. Die Mittheilung dieses Erkenntnisses, dessen Gründe in extenso abgedruckt sind, weil nach dem ganzen Entwickelungsgange derselben ein bloßer Auszug unfehlbar den Verdacht einer wenn auch nur unabsichtlichen Entstellung erregt hätte, geschieht hauptsächlichst zu dem Zwecke, um Betheiligte für ähnliche Fälle aufmerksam zu machen, daß sie den in diesem Bande S. 190—92 sub II und III mitgetheilten Erkenntnissen, welche nach der Ueberzeugung des Einsenders auch für gegenwärtige Entscheidung mustergiltig gewesen wären, nicht so unbedingt vertrauen dürfen.

Daß von denselben bei Fällung des vorliegenden Erkenntnisses abgewichen wurde, erklärt sich einfach daraus, daß man hiebei mit Worten anstatt mit Begriffen gerechnet hat.

Bekanntlich sind die essentialia negotii diejenigen, ohne welche das Rechtsgeschäft nicht bestehen kann, die naturalia neg. diejenigen, welche sich ohne besondere Festsetzung von selbst verstehen, und die accidentalia diejenigen, welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden, wonach also ein Vertrag, durch welchen ein Cedent die Haftung pro nomine bono übernimmt, aus dem Grunde, weil die Cession auch ohne solche Haftung bestehen kann und der Cedent vermöge des Gesetzes nur pro nomine vero haftet, zu den Accidentalien gehören muß.

Ungeachtet dieser Eigenschaft konnte die Haftung pro nomine bono immerhin als ein wesentlicher Vertragspunkt jedoch nur im Sinne eines „wichtigen", eines „hochgiltigen" bezeichnet werden, was denn auch laut der Entscheidungsgründe geschehen ist. Indem er aber nur in diesem Sinne als wesentlicher gedacht war, durfte er nicht als wesentlicher in einem anderen Sinne, nämlich

Digitized by Google

nicht in der juriſtiſchen Bedeutung eines eſſentiellen Vertragspunktes behandelt werden.

Dadurch, daß Letzteres geſchah, gerieth die ganze Entſcheidung auf Abwege. Sie wurde nämlich auf den Satz baſirt, daß, wo ein weſentlicher Vertragspunkt im Notariatsakte fehle, der ganze Vertrag rechtsunwirkſam ſei, welcher Satz aber nur unter der hier nicht gegebenen Vorausſetzung, daß unter dem weſentlichen Punkte ein eſſentieller verſtanden würde, als richtig erkannt werden kann. Eine Folge dieſer nämlichen Begriffsverwechſelung iſt der weitere Satz, es ſei hier die Sache genau dieſelbe, als mangelte es bezüglich eines weſentlichen Vertragspunktes an der ernſtlichen Willensübereinſtimmung.

Ein Mangel der letzteren Art (simulatio) iſt allerdings ein eſſentieller; es iſt aber nicht zuzugeben, daß die Sache im vorliegenden Falle genau dieſelbe, es iſt vielmehr zu behaupten, daß ſie eine völlig verſchiedene ſei, weil eine Ceſſion, wie geſagt, ſehr wohl ohne eine Haftung pro nomine bono, aber nicht ohne das Daſein einer ernſtlichen Willensübereinſtimmung der Kontrahenten beſtehen kann.

Bildet nun aber die Haftung pro nomine bono nur einen accidentalen, wenn auch höchſt wichtigen Vertragspunkt, ſo lag darin, daß ſie bei der notariellen Beurkundung verſchwiegen wurde, ſchlechterdings kein Grund, den Ceſſionsvertrag als nichtig zu erklären [2]), dieſe Verſchweigung könnte

[2]) Nicht blos in civilrechtlicher, ſondern auch in prozeſſualer Hinſicht ſcheint die Nichtigkeitserklärung des Ceſſionsvertrages, welche zwar nur in den Entſcheidungsgründen, nichts deſto weniger aber rechtskräftig ausgeſprochen iſt (Seuffert's Komm. z. GO. Bd. III Ausg. I S. 378, Ausg. II S. 473; Bayer's Vorträge über den gem. ord. Civilprozeß zu §. 112 u. 113 VII. Ausg. S. 256;

Digitized by Google

vielmehr nur bewirken, daß die Haftung als nicht verabredet, als aufgegeben zu betrachten wäre. Bei dieser Sachlage verbliebe sodann ganz allein die nach der Beurkundung geschehene Uebernahme, bezw. Anerkennung der Haftung, welche aber als selbständiges Versprechen, wie die oberstrichterlichen Gründe ausdrücklich zugeben, einer besonderen Notariatsbeurkundung nicht bedürfte.

Es scheint demnach gar nicht zweifelhaft, daß hier die II. Instanz das Richtige getroffen habe; müßte man aber das oberstrichterliche Erkenntniß als richtig anerkennen, so wüßte man wahrhaftig nicht mehr, was man vom Art. 14 zu halten hätte.

Bisher hat man nämlich derlei Nebenbestimmungen als nicht verabredet oder als aufgegeben betrachtet, und daher einen Beweis derselben nicht zugelassen; nunmehr aber müßte man diesen Beweis unbedingt gestatten, zwar nicht, um die Nebenabrede zur Anerkennung zu bringen, wohl aber, um den ganzen Vertrag als nichtig zu erklären.

Da aber dieses nur bei wesentlichen d. i. wichtigen Nebenbestimmungen anginge, so müßte die Frage der Wichtigkeit jedesmal dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden.

Welche unerschöpfliche Quelle von Rechtsunsicherheit und Prozeßnoth! Rm.

Savigny Syst. Bd. VI S. 358 u. 369), unzulässig gewesen zu sein, da diese Nichtigkeit weder vom Kläger noch vom Beklagten angeregt war. Ob mit dieser Nichtigkeit namentlich dem revidirenden Beklagten gedient sei, steht erst noch in Frage, da derselbe die vertragsmäßige Haftungsübernahme, wie aus den Entscheidungsgründen hervorgehen will, widersprochen hat, sohin der thatsächliche Grund der angenommenen Nichtigkeit gegen den Beklagten gar nicht einmal festgestellt ist.

Redakt.: Dr. **Steppes**. Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 12. Sept. 1868. 33. Jahrgang. No. 19.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbnisse. — Klage auf Fortentrichtung von Reallasten. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objektes. Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut. — Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen den Aussteller oder Acceptanten einzuklagen, vermöge dieses Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz anzustellen? — Errungenschaft bei der Gütergemeinschaft des Bayreuther Provinzialrechtes.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbnisse.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen in diesem Betreffe:

Durch den Vertrag vom 22. März 1865 wurde der Ehevertrag vom 16. Februar 1865 als ungiltig wieder aufgehoben, und bestimmt, daß kein Theil wegen des letzteren etwas zu gebieten habe, was wohl heißen soll, „zu leisten habe". Hierauf wird wörtlich Folgendes vereinbart: „Ueber dieses Uebereinkommen macht sich P. M. als selbständig verbindlich, daß er der A. S. eine Aversalsumme an baarem Gelde mit 1300 fl. als Entschädigung von seinem Anwesen hinausbezahlen werde".

Dieser Vertrag vom 22. März 1865 enthält nun entschieden und mit klaren Worten eine Novation, da der frühere Heirathsvertrag aufgehoben, und an

Digitized by Google

die Stelle der hierin stipulirten Verbindlichkeiten eine von dem Beklagten zu leistende Entschädigungspflicht gesetzt wurde. Es ist nämlich nach fr. 58 in fine de verb. obl. (45, 1) eine Novation namentlich auch in dem Falle gegeben, wenn ein früheres Schuldverhältniß in ein dem Gegenstande nach verschiedenes umgewandelt wird, und zwar mit der Absicht, das frühere aufzuheben.

Die frühere Verbindlichkeit des Beklagten bestand darin, mit der Klägerin die Ehe einzugehen; statt dieser Verbindlichkeit hat sich der Beklagte in dem späteren Vertrage vom 22. März 1865 verpflichtet, der Klägerin eine Entschädigung von 1300 fl. zu zahlen; folglich wurde der Gegenstand der früheren Verbindlichkeit geändert, und zwar ganz ausdrücklich mit der Absicht, das frühere Schuldverhältniß aufzuheben, da ja dasselbe in Nr. 1 mit klaren Worten als unwirksam und rückgängig erklärt wurde.

Die Festsetzung einer Entschädigung war nun aber offenbar kein von der Aufhebung des Heirathvertrages unabhängiger Willensakt, da sie in unmittelbarem Zusammenhange mit der Aufhebung des Heirathsvertrages steht, und durchaus kein Anhaltspunkt aus dem ganzen Inhalte des erwähnten Vertrages dafür zu entnehmen ist, daß die Entschädigung auf ein anderes Rechtsverhältniß als das in Folge des Heirathsvertrages begründete bezogen werden wollte.

Wenn auch bemerkt ist, daß sich P. M. über das Uebereinkommen wegen Aufhebung des Ehevertrages selbständig verbindlich mache, der Klägerin A. S. 1300 fl. von seinem Anwesen herauszubezahlen, so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß diese Verpflichtung mit der Aufhebung des Heirathsvertrages nicht in Verbindung stehe, da ja als Zweck dieser Zahlungsverpflichtung ausdrücklich eine Entschädigung bezeichnet wurde, und nach dem Zusammenhange dieser

Digitized by Google

Verpflichtung mit der Aufhebung des Heirathsvertrages nicht der entfernteste Zweifel besteht, daß die Entschädigung ein Surrogat für die wirkliche Eingehung der Ehe sein sollte.

Zwar heißt es unter Nr. 1, daß kein Theil (in Folge der Aufhebung des Ehevertrages), was immer sein möge, dem anderen Theile zu gebieten habe, es möge Heirath, Kauf, Verkauf oder Tausch sein; allein hiemit wollte nur ausgedrückt werden, daß der Heirathsvertrag mit Allem, was dabei und neben demselben stipulirt wurde, unwirksam sein solle, was aber offenbar nicht ausschließt, daß eine andere Verpflichtung an die Stelle dieser Stipulationen habe gesetzt werden wollen.

Die Wirksamkeit einer Novation setzt nun aber voraus, daß das Schuldverhältniß, welches in ein anderes umgewandelt wurde, ein formell oder materiell giltiges gewesen sei. Denn war dasselbe ungiltig, so existirte ein solches nicht.

Es folgt dieß nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus positiven gesetzlichen Bestimmungen. Nach fr. 1 pr. de novat. (46, 2) besteht die Novation in der Umänderung einer Verpflichtung in ein anderes Schuldverhältniß: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio et translatio". Ein Schuldverhältniß ist aber nach fr. 35 §. 1 de verb. obl. (45, 1) nicht vorhanden, wenn die Gesetze die civilrechtliche Wirksamkeit eines solchen ausdrücklich untersagen: Quod leges fieri prohibent, cessat obligatio." Vergl. auch: fr. 137 §. 6 eod. tit. und fr. 7 §. 16 de pact. (2, 14); Holzschuher Theorie und Casuistik 3. Aufl. Bd. III S. 430 zu Nr. 4 und die dort allegirten Autoren; Windscheid Lehrb. des Pandektenrechtes §. 355 Abs. 1.

Es bestimmen zwar die Gesetze, daß die gegen das alte Schuldverhältniß begründeten Einreden

Digitized by Google

gegen die neue Obligation nicht geltend gemacht werden können; — fr. 12 und 19 de novat. (46, 2) — allein hier handelt es sich nicht um eigentliche Einreden gegen eine früher bestandene Verbindlichkeit, sondern um den schon vom Richter selbst ohne Anregung der Parteien zu berücksichtigenden Einwand, daß gar keine Verbindlichkeit bestanden habe, sohin es an der Voraussetzung der Möglichkeit der Novation fehle.

Ganz abgesehen hievon wäre jedenfalls diese Einrede der That nach die condictio sine causa; denn sie bezweckt die Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit; fr. de cond. sine causa (12, 7): „Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur.“ Vgl. fr. 1 und 2 eod. tit.: „Sed et haec (est) species condictionis, si quis sine causa promiserit.“ — Nun ist in dem im gegebenen Falle zur Anwendung kommenden vorderösterreichischen Gesetzbuche vom Jahre 1786 Hauptstück II §. 1 jedes Eheversprechen vor wirklicher Eingehung der Ehe als in allen Beziehungen unverbindlich und unwirksam erklärt[1]). Es war daher zu dem späteren Versprechen, statt die Ehe wirklich abzuschließen, eine Entschädigung in Geld zu verabreichen, eine civilrechtliche Verbindlichkeit nicht vorhanden, sofort der Versprechende nach obigen klaren Vorschriften des subsidiär geltenden

[1]) Hiedurch ist wohl auch eine obligatio naturalis, welche zur Giltigkeit der neuen Obligation nach fr. 1 §. 1 de novat. (46, 2) genügen würde, um so sicherer ausgeschlossen als das Gesetz hier einen sittlichen Zweck verfolgt, und noch überdies der Ehe der Kontrahenten ein kanonisches Hinderniß entgegenstand. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. I S. 108.
Note des Einsenders.

Digitized by Google

gemeinen Rechtes berechtigt, seine Befreiung hievon in Anspruch zu nehmen.

Es entsteht daher nur die Frage, ob diese Einrede nicht aus dem Gesichtspunkte eines Verzichtes hinwegfalle und ob nicht zur Begründung derselben das Vorhandensein eines Rechtsirrthumes gehöre.

Was jenen Verzicht betrifft, so könnte er nur dann wirksam sein, wenn es gewiß wäre, daß der Beklagte gewußt hätte, daß er vermöge des Gesetzes nicht verpflichtet sei, das Eheversprechen zu erfüllen, — fr. 8 de hered. pet. (5, 3) — was im gegebenen Falle bei dem rechtsunkundigen Beklagten um so sicherer nicht anzunehmen ist, als die Aufhebung des Eheversprechens nach Inhalt des pfarramtlichen Zeugnisses vom 11. August 1865 ihren Grund offenbar nicht in der beiden Theilen inwohnenden Wissenschaft der Ungiltigkeit des Eheversprechens, sondern in den mit Hebung des der Ehe entgegenstehenden kanonischen Hindernisses verbundenen Schwierigkeiten hatte.

Was die Nothwendigkeit eines Rechtsirrthumes selbst anbetrifft, so mag es dahin gestellt sein, ob diese Frage nach dem hier in Rede stehenden besonderen Falle und nach fr. 3 de cond. sine causa zu bejahen sei, da, selbst wenn sie bejaht werden müßte, es offenbar Sache der Klägerin gewesen wäre, zu behaupten, daß Beklagter die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen über die Unwirksamkeit von Eheverlöbnissen gekannt habe, was weder in der Klage noch in der Replik positiv geschehen ist.

Denn es muß hier der gesetzlich begründete Anspruch auf Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit durch den Einwand beseitigt werden, daß dieser Anspruch deshalb hinwegfalle, weil der Promittent die Absicht der Schenkung gehabt habe. Diese Absicht kann aber nicht vermuthet werden. Anders würde es sich ver-

Digitized by Google

halten, wenn der Beklagte das Versprechen schon erfüllt hätte und das Gegebene zurückfordern würde. Hier würde zum Klagegrunde allerdings die Behauptung des Rechtsirrthumes, also des Nichtwissens des bestehenden Gesetzes, gehören; allein im vorliegenden Falle hat er noch nicht geleistet, und setzt nur der Klage der Promissarin auf Erfüllung des Versprechens die Einrede entgegen, daß er ohne Grund das Versprechen gegeben habe.

Dieser Exzeptionsgrund ist nun nach fr. 3 de cond. s. c. vollkommen erheblich, und wollte daher die Klägerin denselben zerstören, so mußte sie anführen, daß der Beklagte die Unwirksamkeit seines Versprechens gekannt, also zu schenken beabsichtigt habe.

OAGE. v. 22. Febr. 1868 RNr. $1474^{66}/_{67}$.

Rm.

2.

Klage auf Fortentrichtung von Reallasten. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objektes. Ersitzung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut.

Für die Gemeinden L. und D. besteht eine gemeinschaftliche Schule, zu deren Erhaltung die fürstl. Standesherrschaft K. jährlich gewisse Quantitäten an Holz und Getreide abgegeben hat. Als nun vom Jahre 1851 anfangend die fernere Abgabe verweigert wurde, traten die beiden Gemeinden gegen die Standesherrschaft auf Fortentrichtung klagend auf, indem sie behaupteten, die Standesherrschaft habe ihnen diese Reichnisse von jeher, jedenfalls seit 10—40 Jahren als eine auf dem standesherrlichen Gesammtgutskomplexe ruhende Reallast geleistet, und die Leistung sei von den jeweiligen

Besitzern, als solchen, mit dem Bewußtsein und der Absicht, eine privatrechtliche Verbindlichkeit zu erfüllen und keineswegs aus bloßer Gnade geschehen.

Von der zweiten Instanz wurde diese Klage in der angebrachten Art abgewiesen, weil die mit der behaupteten Abgabe belasteten Immobilien nicht bestimmt genug bezeichnet seien; der oberste Gerichtshof legte jedoch den klagenden Gemeinden den Beweis auf, daß sie seit unvordenklicher Zeit oder doch wenigstens 30 Jahre lang vom Jahre 1851 rückwärts gerechnet von den jeweiligen Besitzern der fürstlich X'schen Standesherrschaft, als Besitzern des Gesammtgutskomplexes dieser Herrschaft, die klagsweise beanspruchten Reichnisse an Holz und Getreide bezogen haben.

In den Gründen wird gesagt, die Bezeichnung des belasteten Objektes als Gesammtgutskomplex der beklagten Herrschaft sei von der II. Instanz ohne Grund als ungenügend bezeichnet worden; denn es könne weder für die Beklagte noch für den Richter darüber ein Zweifel bestehen, welches Objekt als belastet bezeichnet sei, und es lasse sich nicht absehen, welche weitere thatsächliche Unterlage noch aufgestellt werden solle, nachdem der standesherrliche Gesammtgutskomplex als das belastete Objekt angegeben sei.

Wenn es auch unwahrscheinlich sei, daß die Abgabe auf dem standesherrlichen Gesammtgutskomplexe laste, welcher in seinen einzelnen Bestandtheilen mancherlei Veränderungen durch Kauf, Tausch u. s. w. unterworfen gewesen sein möge, so sei doch dieser Umstand rechtlich unerheblich, denn vorläufig handle es sich blos darum, ob die thatsächlichen Momente des Verjährungsbesitzes *behauptet* seien.

Wenn nun beklagterseits die Verabfolgung der Reichnisse *an den Lehrer* zugegeben, dabei aber behauptet werde, es sei dies aus bloßer Gnade geschehen, so liege hierin ein Widerspruch darüber,

Digitized by Google

daß die Leistungen an die Gemeinden stattgefunden haben und daß sie von den jeweiligen Besitzern der Standesherrschaft als Besitzern des Gesammtgutskomplexes derselben geleistet worden seien.

Deshalb habe hierüber Beweis auferlegt werden müssen, wozu bemerkt werde, daß zur Ersitzung solcher Abgaben unbestritten auch ein Zeitraum von 30 Jahren ausreiche.

Der Umstand, daß der jeweilige Besitzer der X.'schen Standesherrschaft immer auch Besitzer des Gesammtkomplexes dieser Herrschaft gewesen sei, könne übrigens nicht, wie die Klägerinnen meinen, als Beweis genügen, daß die Besitzer der Herrschaft jene Abgaben in der Eigenschaft als solcher Besitzer geleistet haben, indem ja die früheren Besitzer zugleich die Landeshoheit ausgeübt haben, wonach jene Leistungen eben so gut als landesherrliche Unterstützung für einen öffentlichen Zweck stattgefunden haben können.

Es sei also der Beweis nothwendig, daß die Abgabe des Besitzes halber geleistet worden, oder mit anderen Worten, daß der Grund zur Verpflichtung in dem Besitze jenes Gesammtgutskomplexes gelegen sei.

OAGE. v. 3. März 1868 Reg.-Nr. $1284^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Der Ausdruck „Gesammtgutskomplex" deutet auf Zusammengehörigkeit, auf Geschlossenheit, und soll hier wahrscheinlich den standesherrlichen Fideikommißkomplex bezeichnen; da aber die standesherrlichen Familien über alle ihre Güter- und Familien-Verhältnisse autonomisch verfügen (IV. Verf.-Beil. §. 9), sonach einzelne Besitzungen aus dem Fideikommiß-Verbande entlassen und andere in denselben aufnehmen können, so ist auch der Begriff eines standes-

Digitized by Google

herrlichen Fideikommißkomplexes, wenn er schon in Beziehung auf einen gewissen Zeitpunkt ein bestimmter ist, doch in Beziehung auf weite Zeiträume (Unvordenklichkeit, 30jährige Ersitzung) ein sehr unbestimmter und wandelbarer.

Offenbar ist durch die Klage darauf abgezielt, daß der jeweilige (sohin wandelbare) Realbesitz der Standesherrschaft als das belastete Objekt erkannt werden solle; dieses ist aber unmöglich durchzusetzen, weil sonst der rechtliche Begriff der Reallast, vermöge dessen Jemand dadurch verpflichtet wird, daß er die belastete Sache besitzt, geradezu umgekehrt angewendet und die (außerdem unbelastete) Sache dadurch, daß sie in den Besitz der Standesherrschaft gelangte, zur belasteten würde.

Diesem Bestreben der Klage ist auch vom obersten Gerichtshofe, wie der Schluß der mitgetheilten Entscheidungsgründe zeigt, entschieden entgegengetreten, so wie auch im Beweissatze nur dem Worte „Besitzer", keineswegs aber dem Worte „Gesammtgutskomplex" das Adjektivum „jeweilig" beigesetzt ist.

Das belastete Objekt kann daher nur ein solcher Komplex sein, welchen die Standesherrschaft beim Beginnen der Verjährung im Besitze gehabt hat, und von welchem seit dieser Zeit kein einzelner Bestandtheil abgetrümmert worden ist; denn hätte eine solche Lostrennung stattgefunden, so wäre der betreffende Bestandtheil nicht befreit, es wäre vielmehr, da mehrere Besitzer für eine Reallast stets nur pro rata haften (Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 154 Nr. 4 IV. Ausg.) die die Standesherrschaft treffende Last eine geringere geworden, und diese könnte daher nicht in ihrem ursprünglichen Vollbetrage gegen die Standesherrschaft eingeklagt werden.

Andererseits wäre, wenn die Standesherrschaft

Digitized by Google

neue Erwerbungen machte, die Reallast auf diese nicht übergegangen, sondern es hätte hinsichtlich dieser Erwerbungen stets eine neue Verjährung beginnen müssen.

Hieraus ersieht man, wie unzulänglich die Klage begründet ist, indem durch dieselbe der gegenwärtige Gesammtgutskomplex auf den Grund der Verjährung in Anspruch genommen, dabei aber nicht behauptet wird, daß er während der ganzen Verjährungsperiode derselbe geblieben sei.

Das Klagewerk, nach welchen die Holz- und Getreidereichnisse auf mehreren in verschiedenen Distrikten gelegenen Schlössern und Gärten (auch ein stattliches Wohnhaus in München ist vorhanden), auf Fischwassern und Weidegerechtigkeiten ꝛc. ꝛc. radizirt wäre, kann schon überhaupt nur als eine auf's Gerathewohl hingeworfene Erfindung betrachtet werden, und die klagenden Gemeinden hätten sich durch die Auflage besserer Substanzirung um so minder beschwert fühlen können, als sie, wenn sie das redliche Bewußtsein einer ihnen zustehenden Realberechtigung in sich tragen, nothwendig auch in der Lage sein müssen, das belastete Objekt in bestimmterer Weise bezeichnen zu können. —

Eine weitere Frage wäre die, ob eine Ersitzung von 30 Jahren genüge, um ein Fideikommißgut mit einer bleibenden Bürde zu belasten?

Nach den Grundsätzen, von welchen hier im bayer. Rechte ausgegangen wird, müßte man diese Frage verneinen (LR. Th. III Kap. X §. 22 Nr. 6 und Anm. zu §. 21 Nr. 4 lit. b; vergl. Th. II Kap. IV §. 8 Nr. 7 und Anm. Nr. 4 lit. d, dann Anm. zu §. 3 Nr. 3; insbesondere Bar. v. Schmid Semicent. I contr. 35 Nr. 1—4); aber nach dem im vorliegenden Falle anzu-

Digitized by Google

wendenden gemeinen Rechte dürfte sich die Sache anders verhalten.

Allerdings ist dem Fideikommissar verwehrt, das Fideikommißgut zu veräußern oder mit einer bleibenden Bürde zu belegen. Wenn nun schon das bloße Geschehenlassen einer Usukapion nach fr. 28 de verb. sign. (50, 16) als Veräußerung gilt, so ist eine solche um so zuverlässiger dann anzunehmen, wenn, wie hier, der zur Ersitzung erforderliche Quasibesitz des Prätendenten nicht ohne Selbstthätigkeit des Fideikommissars begründet, wenn also die Ersitzung nur durch dessen positives Thun und Geben erreicht werden konnte.

Demnach möchte allerdings scheinen, daß eine solche fortgesetzte Thätigkeit des Fideikommissars den Nachfolgern derselben nicht präjudiziren könne; allein der von den Hrn. v. Kreittmayr und v. Schmid als entscheidend angenommene Satz „agere non valenti non currit praescriptio" wird hier doch über die Gebühr ausgedehnt, weil die Fideikommiß-Anwärter schon bei Lebzeiten des Fideikommissars berechtigt sind, gegen gefährdende Verfügungen desselben Einsprache zu erheben (Bluntschli deutsch. Priv.-R. Bd. I §. 68 Nr. 5, Mittermaier d. Pr.-R. §. 142 Nr. IV), wodurch sie sich also in der Lage befinden, eine Ersitzung zu hindern. Unterlassen sie dieses, so tragen sie mit Recht auch die nachtheiligen Folgen; und gründete sich die Unterlassung auf ihre Unbekanntschaft mit den gefährdenden Verfügungen, so liegt hierin schon ohnedieß kein Hinderniß der dem Institute der Klageverjährung nachgebildeten außerordentlichen Ersitzung (Savigny Syst. Bd. III S. 408).

Beim Beweise der Unvordenklichkeit, welchen aber die Klägerinnen hier ganz sicher nicht antreten werden, da ja auch zur außerordentlichen Ersitzung ein justus titulus nicht erforderlich ist, fiele freilich

Digitized by Google

des Bedenken hinsichtlich des Fideikommißverban-
es hinweg, weil durch die Unvordenklichkeit die
Vermuthung für den rechtmäßigen Ursprung
er Reallast begründet würde.

Rm.

3.

ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum In-
asso erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen
en Aussteller oder Acceptanten einzuklagen, vermöge dieses
Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage
egen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der
esetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeidung der Haftung
für Schadenersatz anzustellen?

Der oberste Gerichtshof hat diese Frage in
inem die gleichförmigen Urtheile der beiden Vorin-
anzen abändernden Erkenntnisse verneint und die
emerkte Haftung des Anwaltes auf den Fall be-
hränkt, wenn derselbe zur Erhebung der Regreß-
age einen besonderen Auftrag erhalten oder wenn
ch ein solcher Auftrag aus den Umständen des
alles in schlußbündiger Weise stillschweigend ergebe.
n den Gründen der oberstrichterlichen Entscheid-
ng wird hiezu bemerkt:

„Es ist zwar richtig, daß der Mandatar zur
nwendung des größtmöglichen Fleißes in Ausführ-
ng des übertragenen Geschäftes — omnis dili-
entiae — verbunden ist, und daß er auch für
n Schaden haftet, den er durch ein geringes Ver-
hen stiftet, — tam dolum quam culpam praea-
are necesse est; es ist wahr, daß die Pflicht
r Aufmerksamkeit nur um so strenger auf ihm
stet, wenn er zur Besorgung einer gewissen Gat-
ng von Geschäften als Fachkundiger berufen ist

Digitized by Google

und für seine Mühe belohnt wird; es ist nicht minder gewiß, daß ein Rechtsgelehrter, der einer rechtsunkundigen Partei gegenübertritt, die ihr volles Vertrauen in seine Kenntnisse setzt, schon in diesem Umstande einen neuen Antrieb finden muß, mit pünktlichem Eifer zu Werke zu gehen, seine volle Umsicht aufzubieten und sich einer strengen Gewissenhaftigkeit zu befleißen. Allein auf der anderen Seite finden dennoch all' diese Obliegenheiten ihre natürliche Abgrenzung in der Natur des übertragen Geschäftes und der erfaßlichen Absicht des Auftraggebers. Einen Wechsel zum Incasso giriren heißt, dem Giratar den Auftrag ertheilen, den Wechsel zur Bezahlung vorzulegen und diese einzuziehen, nöthigenfalls auch einzuklagen; der wahre und sich von selbst darbietende Schuldner der Wechselsumme ist aber der Aussteller des eigenen oder der Acceptant des gezogenen Wechsels. Der Rückgriff auf den Giranten, der den Wechsel abgetreten hat, ist nicht ein unmittelbarer Einstrich, ein Incasso desselben, sondern liegt schon um eine Stufe höher; er stellt eine Entschädigungsklage gegen den Cedenten wegen der Täuschung an, welche dieser durch das Ueberweisen einer nicht sofort flüssigen Zahlung begangen hat, bezüglich welcher das Wechselrecht eine Rechtsvermuthung zu Gunsten der Haftung für die Güte der Forderung aufgestellt hat. Den Wechsel einkassiren und für einen nicht eingehenden Wechsel Ersatz verlangen, ist nicht dieselbe Sache. Hätte der nun Beklagte sich mit einer notariellen Vollmacht zur Einklagung des Wechsels gegen D. versehen lassen, so wäre klar, daß der ihm gegebene und von ihm angenommene Auftrag nicht darüber hinaus ginge; das Giro zum Incasso, einem Anwalte ertheilt, ist aber nur die übliche und bequemere Form der Ermächtigung, wobei, obwohl dasselbe auf

Digitized by Google

einer breiten Grundlage ſteht, der wahre Inhalt und Gegenſtand des Auftrages erſt auf andere Art dargethan werden muß.

Dabei iſt zwar nicht zu bezweifeln, daß dieſes Giro zur Erhebung der Regreßklage genügt hätte, um den Anwalt zu bevollmächtigen; daß er aber auch dazu verpflichtet oder beauftragt geweſen, geht aus einer ſo allgemein gehaltenen Faſſung einer gangbaren Phraſe noch nicht, wenigſtens nicht mit Sicherheit hervor. Das Giro zum Incaſſo muß daher die Grenzen des darunter verborgenen Auftrages immer erſt aus anderen Anhaltspunkten, einer ſchriftlichen Information des Anwaltes oder, wo dieſe fehlt, einer mündlichen Beſprechung ſchöpfen. Die Frage, ob und gegen wen eine Wechſelregreßklage zu erheben ſei, gehört zur wirthſchaftlichen und kaufmänniſchen Behandlung des Wechſels, welcher der Anwalt in der Regel fern ſteht; ihre mitzubringende Anſtellung hängt von der Zahlungsfähigkeit des Giranten und anderen Umſtänden ab, die den Erwägungen des Anwaltes nicht von ſelbſt vorſchweben können. Es iſt zwar richtig, daß der Incaſſo-Giratar R. durch die ihm aufgetragene und auch von ihm vorgenommene Benachrichtigung des N. von dem erhobenen Proteſte Kenntniß davon erhielt, daß ſein Klient K. beabſichtige, ſeiner Zeit den Regreß weiter zu ſuchen; ob er aber auch ihn ſelbſt mit dieſer zweiten Klage betrauen wolle, darüber war er nicht im Klaren. K., von ſeinem Geſchäftsmanne Z. berathen, leitete nach Ausweis der Manualakten den Betrieb der Sache gegen D. Schritt für Schritt; aber dadurch, daß er dem R., wie er ſagt, den Auftrag gab, den N. zu benachrichtigen, gab er kund, daß er genügende Kenntniſſe von der Regreßklage hatte und daß er die Leitung der anzuſtellenden Verfolgungen ſich ſelbſt vorbehielt, aber

Digitized by Google

nicht mit der Uebergabe des Wechsels schon alle Schritte, welche zu dessen Flüssigmachung wie immer erforderlich sein könnten, in Bausch und Bogen der Wachsamkeit seines Anwaltes R. überlassen wollte. Die Natur des Mandates bringt zwar mit sich, daß der Mandatar von dem Gange seiner Geschäftsführung unter zweifelhaften Umständen Nachricht ertheile und weitere Anweisungen einhole; auch ist gewiß, daß R., der die ganze Gefahr der Wechselforderung bei D. erkennen mußte, wohl daran gethan hätte, den K. gegen den Ablauf der Verjährungsfrist von diesem verhängnißvollen Umschlage seiner Lage in Kenntniß zu setzen. Allein auf der anderen Seite war das Herannahen dieser ausschließenden Frist ein vom Anfange an gewisses und nicht erst durch den Verlauf des Prozesses gegen D. herbeigeführtes Ereigniß, und mußte K., welcher dem R. schon 6 Wochen vorher schrieb, es sei Gefahr auf Verzug, diesen selbst auf die Meinung bringen, er könne oder wolle sich nur bei dem Wechselschuldner um seine Bezahlung umthun, weil außerdem der Rückgriff auf den Giranten N. alle Gefahr von ihm abgewendet hätte. In jedem Falle hat die Eidesformel, welche die Gerichtsordnung Kap. II §. 5 Nr. 1 für die Anwälte vorzeichnete, dieselben blos verpflichtet, in Sachen, welche ihnen anbefohlen worden, aus ganz treuer Meinung der Gerechtigkeit und ihrem besten Verständnisse nach fleißig zu rathen und zu handeln; sollte daher R. über die Grenzen des ihm ertheilten Auftrages gleichwohl in einen leicht erklärbaren Irrthum verfallen sein, so kann ihn dieser nicht schon verpflichten, für den mißlichen Erfolg einzustehen, für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten.

Aus diesen Bemerkungen ergibt sich von selbst, daß die Beweislast über den Inhalt und Umfang

Digitized by Google

nen Mandates dem Beklagten abzunehmen
hr nach einer bekannten Regel auf den
erzuwälzen ist, indem das Giro eines
um Incasso oder in procura unter den
nen Umständen noch keine Rechtsvermuth-
begründete, der Giratar sei zur Vorkehr-
ordentlichen gerichtlichen Schritte beauf-
sen, welche erforderlich scheinen konnten,
echselforderung flüssig zu machen und wie
uziehen. Dagegen war der Kläger seiner
g entsprechend zum Beweise zuzulassen,
eich Anfangs den Beklagten beauftragt
Indossanten N. nicht blos von dem er-
roteste zu benachrichtigen, sondern im Falle
auch die Regreßklage auf die empfangene
gen ihn zu erheben."
v. 17. März 1868 Reg.-Nr. $1467^{66}/_{67}$.
77.

4.

ift bei der Gütergemeinschaft des Bayreuther Provinzialrechtes.

in dem Erkenntnisse vom 10. März 1860 RA. Bd. XXX S. 284 ff.) hat der richtshof auch am 11. Febr. 1868 (RNr. erkannt. Wegen Mangels an Raum vorerst nur mit dem Vorbehalte, das aus-tivirte Erkenntniß später abzudrucken, an-den.

Steppes. Berl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 26. Sept. 1868. 33. Jahrgang. № 20.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Actio emti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren. — Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. Exceptio non rite impleti contractus. Substanzirung derselben. Retentionsrecht. — Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. — Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Exekutivprozesse angestellt werden.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Actio emti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren.

T. H. hatte von J. S. ein Haus erkauft, und klagte, weil dasselbe feucht und weil ihm dieser nicht zu jeder Witterungszeit sichtbare Fehler vom Verkäufer dolose verschwiegen worden sei, auf Auflösung des Vertrages, eventuell auf Preisminderung.

Vom obersten Gerichtshofe wurde Beklagter von ersterer Klage entbunden; bezüglich der letzteren wurde dem Kläger der behauptete Fehler nebst dem behaupteten Minderwerthe zum Beweise ausgesetzt.

In den Gründen wird gesagt, daß die erstere Klage, als auf dem ädilitischen Edikte beruhend, binnen 6 Monaten vom Vertragsabschlusse hätte angestellt werden müssen, und daher, weil Kläger diese Frist versäumt habe, verjährt sei.

Digitized by Google

Sodann wird fortgefahren:

„Auch die Behauptung, daß Verkäufer in dolo versirt, kann in vorliegendem Falle die Sachlage nicht ändern, da der dolus immerhin nur eine Klage auf das Interesse begründen würde und aus den Aufstellungen des Klägers nicht genügend hervorgeht, daß in Folge der vorhandenen Mängel das verkaufte Anwesen für ihn werthlos sei, daß er bei Kenntniß derselben einen Kauf gar nicht würde abgeschlossen haben.

Eine Vertragsaufhebung kann in Fällen solcher Art nicht mit der gewöhnlichen actio emti verfolgt, sondern nur auf die besonderen Verfügungen des ädilitischen Ediktes gegründet werden, die bezügliche Klage unterliegt daher nothwendig der im Edikte bestimmten kurzen Verjährung. —

Anders verhält es sich jedoch mit der Klage, soweit sie Minderung des Kaufpreises zum Gegenstande hat; denn in dieser Beziehung kann von einer Verjährung nicht die Rede sein und die sonstigen Einwände des Beklagten erscheinen ohne wesentliche Bedeutung. —

Die Thatsache, daß das verkaufte Haus zur Zeit des Vertragsabschlusses keine offenen Merkmale von Feuchtigkeit an sich trug (wie dies allerdings von beiden Parteien übereinstimmend behauptet wird) schließt durchaus die Möglichkeit nicht aus, daß dennoch zur nämlichen Zeit die behaupteten Mängel im Geheimen bestanden haben.

Es mag zufälligen Witterungsverhältnissen oder auch besonderen vom Verkäufer getroffenen Vorkehrungen zuzuschreiben sein, wenn sie damals nicht so zu Tage traten, daß sie von Jedermann, selbst wenn er nicht Sachverständiger war, sofort erkannt werden mußten. Dies darzuthun ist ja, laut der Beweisauflage, gerade die besondere Aufgabe der Beweisführung. —

Digitized by Google

Was die weitere Behauptung betrifft, es müsse die Feuchtigkeit eines Hauses unter allen Umständen als ein offener Mangel betrachtet werden, so erledigt sie sich durch die nämlichen Erwägungen. Man will als selbstverständlich hinstellen, was mindestens sehr zweifelhaft ist. Ergibt sich in Folge der Beweisführung, daß der gerügte Mangel wirklich bestehe, obgleich er beim Vertragsabschlusse nicht ersichtlich gewesen, so ist eben dargethan, daß derselbe nicht immer ein offener ist".

OAGE. v. 24. März 1868 Reg.-Nr. 25.

Nachschrift des Einsenders. Die kurzen Verjährungsfristen der ädilitischen Klagen machen es nothwendig, sie von der Kontraktsklage scharf zu unterscheiden; und so war denn auch hier die Frage, ob die Kaufsauflösung nach präskribirter Wandelungsklage nicht noch mittelst der actio emti hätte bewirkt werden können, von besonderer Wichtigkeit.

Gegen Mängel, welche der Verkäufer wissentlich verschwiegen hatte, bedurfte man des ädilitischen Ediktes nicht; es genügte hiezu die actio emti, gegründet auf den dolus des Verkäufers, dessen sich dieser nicht blos durch positive Vorspiegelungen, sondern auch durch wissentliche Vorenthaltung der Wahrheit schuldig macht; fr. 43 §. 2, de contr. emt. (18, 1); fr. 1 §. 1, fr. 11 §. 5 de act. emt. vend. (19, 1); fr. 1 §. 2 de dolo malo (4, 3).

Eine vollständigere Gewähr für die Mängel führte das Edikt der Aedilen ein, indem nach demselben der Verkäufer auch für solche (nicht offenbare) Mängel haftet, welche er nicht dolose verschwiegen hat. Er ist nicht nur verpflichtet, dieselben dem Käufer anzuzeigen, wenn sie ihm bekannt sind; er haftet für sie, auch wenn er sie nicht kennt.

Eine auf den dolus des Verkäufers gegrün-

*

Digitized by Google

dete Klage ist daher nicht nothwendig als eine ädilitische zu betrachten, sondern kann immerhin als die besondere Kontraktsklage bestehen.

Die in den Anmerkungen zum bayer. LR. Th. IV Kap. III §. 23 Not. 12 lit. d aufgestellte Behauptung, daß die propter rem vitiosam angestellte actio emti in der That nichts Anderes als die actio redhibitoria vel aestimatoria sei und demnach die Natur der letzteren Klagen so weit annehme, daß sie gleichzeitig mit denselben präskribire, wird daher nur insoferne richtig sein, als eine lediglich auf die Fehlerhaftigkeit der Sache gestützte Klage als actio emti perpetuirt werden wollte; gründet sich aber die Klage auf ausdrückliche Zusicherung gewisser nun fehlender Eigenschaften oder auf dolose Verschweigung der Fehler, so konkurrirt sie elektive mit den ädilitischen Klagen als die actio emti und kann als solche der kurzen Verjährung der ersteren nicht unterworfen sein. Wangerow Leitf. zu §. 609 Anmerk. VIII.

Diese Ansicht ist nun fast allgemein angenommen; sie ist aber nicht völlig unbestritten. So wurde denn vom obersten Gerichtshofe am 6. Nov. 1866 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 59, vergl. auch Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 32) und am 29. Januar 1867 (Erg.-Bd. zu Jahrgang 31 und 32 S. 273) in dieser Weise erkannt; gegentheilig aber am 30. Dez. 1852 (Bl. f. RA. Bd. XIX S. 31 Nr. 3, vergl. Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 30) und gleichfalls am 29. Januar 1867 (Erg.-Bd. zu Jahrg. 31 und 32 S. 276), während die in diesen Blättern Bd. XI S. 369 und 385 ff. mitgetheilte Erörterung Dollmann's der actio emti als actio perpetua noch eine viel weitere Ausdehnung zuerkennt.

Nun entsteht aber noch die weitere Frage, ob wegen dolus des Verkäufers schlechthin auf Auf-

Digitized by Google

lösung des Vertrages oder immer nur auf das Interesse geklagt werden könne?

Im bayer. Rechte ist diese Frage klar entschieden; denn nach Th. IV Kap. I §. 25 Nr. 2 ist zwischen dolus causam dans und dolus incidens zu unterscheiden, und nur im ersteren Falle, welcher nach den Anmerkungen Nr. 1 lit. f. nullitatem actus bewirkt, kann auf Vertragsauflösung, dagegen im letzteren nur auf Schadloshaltung geklagt werden.

Dieser Unterschied zwischen dolus causam dans und incidens wird jedoch in der Literatur des gemeinen Rechtes, nach welchem der gegenwärtige Fall zu entscheiden war, von Einigen völlig verworfen, weil er weder in den Worten noch der Sache nach im Gesetze begründet und wegen Unsicherheit der Anwendung auch sonst nicht zu billigen sei. Zu den Anhängern dieser Meinung gehört z. B. Puchta, welcher (Pand. §. 363 und 364 und Vorles. zu §. 363) mit Bezug auf const. 5, 10. de rescind. vend. (44, 3) und fr. 11 §. 5 de act. emt. vend. (39, 1) behauptet, daß der Kontrahent auf Auflösung des Vertrages dringen könne, wenn er durch den dolus des Anderen zur Abschließung des Kontraktes überhaupt oder in dieser Art vermocht worden ist. So auch Arndts Pand. §. 237 und Wening-Ingenheim Civilr. Bd. III §. 228 (76).

Andere Rechtslehrer verwerfen die Unterscheidung zwischen dolus causam dans und incidens nur hinsichtlich der Frage der Nichtigkeit, welche letztere nach gemeinem Rechte entschieden geläugnet wird; sie lassen aber diese Unterscheidung gelten bezüglich der Frage der Rescission oder der bloßen Entschädigung, so daß erstere nur dann stattfindet, wenn der Kontrahent ohne den dolus des Anderen gar nicht abgeschlossen hätte, wenn das Geschäft nach der wahren Sachlage für ihn ohne Interesse

Digitized by Google

wäre; Vangerow Leitf. zu §. 605 Anmerk. I sub II; Seuffert Pand. §. 261; Holzschuher Theorie und Kasuistik Bd. II Abth. II S. 279 (Ausg. I).

Dieser letzteren Meinung folgte hier der oberste Gerichtshof und es ist daher nur als folgerichtig anzuerkennen, daß hier durch die Behauptung der dolosen Verheimlichung der Feuchtigkeit die Rescissionsklage, welche nach der ersteren Meinung durch diese Behauptung allerdings genügend begründet und auch nicht verjährt wäre, als nicht gehörig begründet angenommen wurde.

Man kann übrigens der letzteren Meinung folgen und dennoch annehmen, daß wegen doloser Verschweigung der Feuchtigkeit eines Hauses durch die actio emti die Vertragsauflösung zu bewirken sei. Es gibt Leute genug, welche ein feuchtes Haus schlechterdings nicht bewohnen, und daher zur eigenen Bewohnung selbst zum geringsten Preise nicht erkaufen wollen. Bei solcher Absicht des Käufers besteht das Interesse desselben gerade in der Auflösung des Vertrages; alsdann muß aber dieses Interesse auch gehörig in der Klage dargelegt werden.

Rm.

2.

Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. Exceptio non rite impleti contractus. Substanzirung derselben. Retentionsrecht.

Zur Gemeinde X. gehört eine Waldung, welche unter die dortigen Anwesens-Besitzer dergestalt vertheilt ist, daß jeder derselben seinen Antheil als völlig ausgeschiedenes Eigenthum besitzt, daß er aber denselben nur in Verbindung mit seinem Anwesen veräußern kann, wenn die Veräußerung

Digitized by Google

nicht an einen Anwesens-Besitzer derselben Gemeinde geschieht.

Die Wittwe M. S. verkaufte nun ihr bedeutendes Anwesen mit der dazu gehörigen Waldparzelle an J. S. und Kons., welche, als sie von der Verkäuferin um einen sehr beträchtlichen Kaufschillingsrückstand belangt wurden, dieser Klage entgegensetzten, die Verkäuferin habe sie von der bezüglich der Waldparzelle bestehenden Dispositionsbeschränkung nicht in Kenntniß gesetzt, sie sei also schuldig, dieselbe zu beseitigen. So lange dieses nicht geschehen, seien sie wegen nicht gehörig erfolgter Vertragserfüllung berechtigt, den eingeklagten Kaufschilling zu retiniren.

Die Verkäuferin entgegnete, sie habe die Käufer von der bestehenden Dispositionsbeschränkung, welche auch im Hypothekenbuche eingetragen sei, allerdings in Kenntniß gesetzt, nur sei dieser Punkt in der notariellen Kaufsurkunde nicht vorgetragen. Habe dieses zur Folge, daß sie wegen jener Beschränkung den Käufern haften müsse, so gebe dieses denselben kein Recht, den eingeklagten Kaufschilling zu retiniren, sondern nur die Auflösung des Kaufvertrages oder entsprechende Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen, in welcher Beziehung jedoch die Einrede völlig unsubstanzirt geblieben sei.

Diese Erwiderung blieb erfolglos; die zweite Instanz (das Erk. I. Inst. ist dem Einsender unbekannt) erkennt die Einrede der Beklagten als gegründet, und vom obersten Gerichtshofe wurde dieses Erkenntniß bestätigt.

In den oberstrichterlichen Gründen wird gesagt:

„Hält man fest, daß bei allen Kaufverträgen die Erlangung des Eigenthums an der erkauften Sache als die Hauptabsicht jeden Käufers betrachtet werden muß (Anmerk. zum bayer. LR. Th. IV Kap. III §. 10 Nr. 3), daß aber zum gesetzlichen

Begriffe des Eigenthumes der rechtliche Zustand erfordert wird, wonach der Käufer frei über die gekaufte Sache schalten und walten kann, solche für die seinige haben und brauchen mag (Anm. a. a. O. Nr. 2), daß aber hiezu auch selbstverständlich die Befugniß des Käufers gehört, die gekaufte Sache wieder weiter zu verkaufen und zwar ohne Unterschied der Person des weiteren Käufers; — erwägt man hiebei weiter, daß der Verkäufer, wenn die von ihm verkaufte Sache kein solches Eigenthum war, woran ihm die freie ungehinderte Disposition zustand, ein solches auch auf den Käufer nicht übertragen konnte, daß er somit an der verkauften Sache kein wahres Eigenthum im vollen Umfange dessen gesetzlichen Begriffes besaß und die Sache zur Zeit des Verkaufes mit dem wesentlichen Mangel der Fähigkeit der freien Benützung durch Weiterverkauf behaftet war, in welchem Falle dem Verkäufer die Pflicht der vollständigen Gewährschaftsleistung dem Käufer gegenüber obliegt (Anm. a. a. O. Nr. 3 lit. b), — so gelangt man in Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall zu dem unabweisbaren Resultate, daß der allegirte notarielle Kaufvertrag, wenn durch solchen entgegen seinem Wortlaute und entgegen den gesetzlichen Vorschriften über Erwerbung des Eigenthumes durch Kauf die Uebertragung eines beschränkten, jede freie Disposition hemmenden Eigenthumes an den Waldparzellen hätte übertragen werden wollen, hierüber eine ausdrückliche Vertragsbestimmung hätte enthalten müssen und daß bei dem Mangel einer solchen angenommen werden muß, diesem Kaufvertrage habe die beiderseitige Absicht der Kontrahenten, freies Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, unterlegen.

Die Verkäuferin hat, wie der von ihr selbst vorgelegte Hypothekenbuchsauszug nachweist, die dem

Digitized by Google

Begriffe des freien Eigenthumes widerstreitende fehlerhafte Eigenschaft der verkauften Waldparzelle gekannt und hat sonach durch den verlautbarten Verkauf derselben als freies Eigenthum die Verpflichtung übernommen, solche von diesem Fehler frei zu machen, sonach ihrerseits den Vertrag, wie er abgeschlossen wurde, zu erfüllen; ob und wie sie solches zu bewirken im Stande ist, ist ihre Sache und kann hiedurch den von den Käufern vertragsmäßig erworbenen Rechten nicht präjudizirt werden.

Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Käufer die Fehlerhaftigkeit des Kaufsobjektes gekannt haben, da, wie vorstehend gezeigt wurde, nach Maßgabe des Notariatsinstrumentes angenommen werden muß, daß die Verkäuferin die Nothwendigkeit der Sanirung dieses Fehlers anerkannt und sich hiezu verpflichtet habe.

Die weiteren Revisionsausführungen der Klägerin über die angebliche Verpflichtung der Beklagten, den Kaufvertrag in seinem Bestande anzufechten oder ihre etwaigen Entschädigungsansprüche zu präzisiren, sind ungerechtfertigt, da die Beklagten lediglich von dem ihnen gesetzlich zustehenden Retentionsrechte Gebrauch machen."

OAGE. v. 31. März 1868 Reg.-Nr. $1454^{66}/_{67}$.

Nachschrift des Einsenders. Wenn auch das Anwesen nicht ausdrücklich als ein lastenfreies verkauft wurde (vergl. fr. 59 de contr. emt. (18, 1) — Vangerow, Leitf. §. 610 Anmerk. III, 3), so wird man doch bei einer so ungewöhnlichen Beschränkung, wie die vorliegende ist, mit dem obersten Gerichtshofe darin übereinstimmen müssen, daß die Verkäuferin, wenn sie diese Beschränkung den Käufern nicht angezeigt hat, wegen derselben haftbar sei.

Im Uebrigen aber läßt sich die mitgetheilte

Digitized by Google

Entscheidung mit den einschlägigen Gesetzen, wie diese bisher von Doktrin und Praxis gleichmäßig aufgefaßt worden sind, gewiß nicht vereinigen.

Es handelt sich hier nicht um einen Mangel der Extradition, sondern um einen Mangel an der Sache selbst, und zwar um einen solchen, dessen Beseitigung nicht in der Willkür oder Macht der Verkäuferin steht, sondern von der nicht erzwingbaren Einwilligung eines berechtigten Dritten abhängt.

Kann die fragliche Dispositionsbeschränkung nicht beseitigt werden, und ist sie für die Käufer von solcher Wichtigkeit, daß sie mit derselben das Anwesen gar nicht gekauft hätten, so wäre ihnen freigestanden, vom Kaufe abzugehen, sofort die Zahlung des eingeklagten Kaufschillings zu verweigern — fr. 13 pr. de act. emt. vend. (19, 1); wollten sie aber das erkaufte Anwesen behalten, so konnten sie nur eine Entschädigungsforderung aufstellen und diese, soweit erweislich, am eingeklagten Kaufschillinge kompensiren — fr. 4 §. 1, fr. 41 de act. emt. vend. (19, 1), fr. 61 de edict. Aedil. (21, 1), fr. 1 und 69 §. 6 de evict. (21, 2).

Die Beklagten haben weder das Eine noch das Andere gethan; der Grund der sog. exceptio von rite impleti contractus ist aber die Gegenforderung aus der gegenseitigen Obligation (Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 232), woraus von selbst folgt, daß, wo es an gehöriger Substanzirung der Gegenforderung fehlt, die ganze Einrede zu verwerfen ist.

Offenbar ist dieses hier der Fall. Die Beklagten retiniren wegen einer Gegenforderung, welche sie weder überhaupt erhoben, noch in ihrer Größe bezeichnet haben. Sie wollen nicht nur das erkaufte Anwesen, sondern auch, wenn es der Verkäuferin nicht gelingen sollte, die fragliche Dispositionsbeschränkung abzulösen, den noch unbezahlten Kaufschilling behalten, und vergessen dabei, daß ihnen für diesen Fall

Digitized by Google

nur eine dem Minderwerthe des Anwesens entsprechende Schadloshaltung zukommen kann (vergl. Seuffert, Pand. §. 276), und daß sie also nothwendig anzugeben hatten, wie hoch dieser Minderwerth anzuschlagen sei, indem sich das Retentionsrecht auf den Betrag desselben beschränken müßte, so wie bei drohender Eviktion der noch ausstehende Kaufschilling auch nur bis zur Höhe des drohenden Schadens zurückbehalten werden darf. Const. 24 de evict. (8, 45).

Aus diesen Gründen, für deren Richtigkeit sich hiemit auf Bl. f. RA. Bd. I S. 397, Bd. X S. 205, Bd. XVII S. 235 und Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 39 und 189, Bd. V Nr. 147, Bd. VI Nr. 169, Bd. IX Nr. 216, Bd. XIII Nr. 184 bezogen wird, wäre das von den Beklagten geltend gemachte Retentionsrecht abzuschlagen gewesen.

Die Beklagten sind gar zu kluge Leute, welche in ihrer Weise vortrefflich zu rechnen verstehen. Sie wissen, daß die Gemeinde bei dem hohen Interesse, welches dieselbe daran hat, daß der ganze Wald in allen seinen Parzellen stets nur im Eigenthume der Gemeindeglieder verbleibe, auf eine Ablösung der fraglichen Dispositionsbeschränkung nicht eingehen würde; und indem sie dieses wissen, verlangen sie die absolute Beseitigung derselben, hüten sich aber, eventuell die Kaufsauflösung zu beantragen, weil sie es vorziehen, rem et pretium zugleich zu besitzen, und erheben auch keine Entschädigungsforderung, weil es ihnen mehr zusagt, gegen eine vielleicht kaum auf 50 fl. anzuschlagende Last den noch mehrere Tausende betragenden Kaufschillingsrest zu behalten.

Und nun muß es die Verkäuferin erleben, daß das Gericht diesem Winkelzuge seinen Beifall gibt, indem es mit unjustifizirlicher Härte sagt, die Verkäuferin sei vor Allem verpflichtet, die Last zu beseitigen; ob oder wie sie dieses bewirken könne, sei ihre Sache.

Digitized by Google

Nach dieser Theorie könnte man das hochgiltigste Gut, wenn eine auf demselben ruhende unablösbare Last der geringfügigsten Art nicht angezeigt würde, rein umsonst erwerben.

Wären die Beklagten die rechten Leute, so würden sie in sich gehen und es machen wie der Bauer Ramshagel (Grabbe's Drama: die Hermannsschlacht, Eingang Sz. 3), welcher, von dem im deutschen Lande amtirenden römischen Prätor wider eigenes Erwarten von einer Forderung freigesprochen, zum Kläger sagte: „Dietrich, ich bezahle dich dennoch; schenke mir nur eine paar Monde Frist. Morgen erhältst du meine letzte Milchkuh auf Abschlag".

Das war ehrlich und Ramshagel wußte es, ohne vorher von dem Rechtsgelehrten Gundling aufmerksam gemacht worden zu sein, daß man mit dem jure stricto nicht in den Himmel komme.

Rm.

3.

Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann.

Den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 7. März 1868 RNr. 87 entnehmen wir Folgendes:

„In Folge der klägerischen Berufung und der Revision der Beklagten ist lediglich die Frage zu entscheiden, ob, wenn der Kaufvertrag rescindirt wird, und die Beklagten in Folge dessen das Kaufsobjekt zurückgeben müssen, diese Verbindlichkeit aber nicht erfüllen können, sie den wahren Werth desselben zur Zeit des Kaufvertrages und beziehungsweise der Tradition oder den durch mündliche Verabredung vereinbarten schon anerkannten Werth

Digitized by Google

jener Objekte zu ersetzen haben, indem gegen die erstrichterliche Annahme, daß der Kaufvertrag vom 10. April 1866 im Falle des Beweises der Simulation auf dem Grunde des Art. 14 des Notariatsgesetzes vom 10. Nov. 1861 nichtig sei, keine Beschwerde erhoben worden ist.

Die erste Instanz hat sich für die eventuelle Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des wahren Werthes, die zweite Instanz aber für die eventuelle Verpflichtung derselben zur Zahlung des durch die mündliche Vereinbarung festgesetzten Preises entschieden.

Diese letztere Entscheidung entspricht aber weder den geltenden gesetzlichen Bestimmungen noch der eingetretenen Rechtskraft bezüglich der Nichtigkeit des Kaufvertrages im Falle des Beweises der Simulation.

Es ist nämlich nach Art. 14 des Not.-Ges. vom 10. Nov. 1861 keinem Zweifel unterworfen, daß eine mündliche Verabredung über einen höheren oder niederen Kaufpreis für ein Immobile, als welcher in der Notariatsurkunde verabredet ist, ungiltig sei, welcher Grundsatz durch eine Menge oberstrichterlicher Erkenntnisse konstant ausgesprochen wurde, und auch dem klaren Wortlaute jenes Gesetzes vollkommen entspricht. Ist aber die mündliche Verabredung über den Preis von 8900 fl. im gegebenen Falle nichtig, so kann auch eine unter den Kontrahenten bestehende Uebereinstimmung über den wirklichen Werth des Kaufobjektes nicht unterstellt werden, da ja in Folge der Nichtigkeit jener Verabredung das ganze desfallsige Abkommen als nicht geschehen zu betrachten ist. Abgesehen hievon repräsentirt aber ein stipulirter Kaufpreis nicht nothwendig den wahren Werth des Kaufobjektes, indem viele Beweggründe denkbar sind, aus welchen die Kontrahenten den Preis höher oder niedriger festge-

Digitized by Google

ſetzt haben, als es wirklich werth iſt. Es verſteht ſich nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen von ſelbſt, daß, wenn der zur Rückgabe Verpflichtete die Sache ſelbſt nicht zurückgeben kann und der Grund der Unmöglichkeit dieſer Rückgabe nicht in einem Zufalle liegt, er den Werth zu erſetzen habe. Der Erſatz des Werthes ſchließt aber von ſelbſt den Erſatz nach einem mündlich vereinbarten Kaufpreiſe aus.

Mit Unrecht hat die zweite Inſtanz ihre gegentheilige Entſcheidung auf die Vorſchriften der §§. 155 u. f. Tit. 5 Th. I des preußiſchen Landrechtes geſtützt. Denn der §. 156 a. a. O. ſtellt einen Grundſatz auf, welcher ja durch Art. 14 des Notariatsgeſetzes geradezu verworfen iſt. Durch dieſen Art. 14 iſt jeder mündliche Vertrag über Immobilien, alſo auch jede mündliche Nebenverabredung zu einem notariell errichteten Vertrage dieſer Art ungiltig, ein ſolcher blos mündlicher Vertrag kann alſo dadurch, daß die beiden Parteien oder eine derſelben erfüllt hat, nicht giltig werden. Der Art. 156 verleiht nun aber einem blos mündlichen Vertrage in der Art volle Wirkſamkeit, daß, wenn der eine Theil erfüllt hat, der andere Theil ebenfalls erfüllen, und ſo den Vertrag in Kraft ſetzen kann, was nach jenem Art. 14 durchaus unſtatthaft iſt.

In Gemäßheit dieſes Art. 14 kann durch Erfüllung ſelbſt beider Theile der wegen Vernachläſſigung der vorgeſchriebenen Form ungiltige Vertrag nicht giltig werden, da die Vorſchrift dieſes Art. 14 eine im öffentlichen Intereſſe prohibitive iſt, und daher weder durch ausdrückliche noch durch ſtillſchweigende Anerkennung der Parteien außer Kraft geſetzt werden kann (preuß. Landrecht Th. I Tit. 3 §. 43). Eine nothwendige Konſequenz der abſoluten Nichtigkeit eines blos mündlichen Vertrages über Immobilien oder einer mündlichen Nebenverabredung zu einem notariellen Vertrage über ſolche iſt

Digitized by Google

nun aber, daß auch die Vorschrift des §. 159 des Landrechtes a. a. O., nach welcher die die Erfüllung verweigernde Partei dasjenige, was sie bereits empfangen hat, im Falle der Unmöglichkeit der Zurückgabe in dem Zustande, in dem sich die Sache beim Empfange befunden hat, den mündlich verabredeten Werth zu ersetzen verpflichtet sein soll, nicht zur Anwendung kommen kann, da hier der mündlichen Verabredung eine verbindliche Wirkung beigelegt wurde, die ihr nach dem Art. 14 des Not.-Ges. unbedingt versagt ist."

Nachschrift des Einsenders. In vorliegender Sache bestand ein Streit nur darüber, ob der im Vertrage festgesetzte oder der wahre Werth, wie er zur Zeit der Uebergabe war, zu ersetzen sei.

Daß nun hier auf den Ersatz dieses Werthes erkannt wurde, ist gewiß nicht zu beanstanden; daß aber, wenn die Sache selbst nicht mehr zurückgegeben werden kann, der zur Zeit des Empfanges bestandene Werth zu ersetzen sei, läßt sich als Regel aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht entnehmen.

Gemeinrechtlich entscheidet in solchem Falle nicht der Werth der empfangenen Sache, sondern die Bereicherung des nun zur Rückgabe verpflichteten Empfängers. Wurde nichts Anderes behauptet, so ist allerdings der zur Zeit der Uebergabe bestandene Werth zugleich als Betrag der Bereicherung anzusehen; außerdem aber kann sowohl auf einen höheren als auch auf einen geringeren Betrag derselben erkannt werden. So hat z. B. der Käufer, wenn er die erkaufte Sache, welche er nun nach erkannter Kaufsnichtigkeit zurückgeben soll, bereits einem Dritten verkauft hatte, den ganzen Kaufschilling zu erstatten, selbst wenn dieser den wahren Werth der Sache weit übersteigt; dagegen haftet er aber auch nur für den empfangenen Kaufschilling,

Digitized by Google

selbst wenn er nicht ohne eigenes Verschulden, aber doch bona fide zu wohlfeil verkauft hätte.

Der Grundsatz, daß der Empfänger, welcher die Sache selbst nicht mehr zurückgeben kann, für den ganzen Gewinn (Früchte, Accessionen) haftet, — fr. 15, fr. 65 §. 5 de condict. ind. (12, 6) — aber auch, seine bona fides vorausgesetzt, nicht mehr zu leisten hat, als ihm aus der Sache zugekommen ist, — fr. 65 §, 7 et 8 eod., dann fr. 26 §. 12 eod: „dedi ..... hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes," — stützt sich auf die natürliche Billigkeit (condictio est naturalis), und auch das preußische LR. enthält keine entgegenstehende Bestimmung.

Rm.

4.

Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Exekutivprozesse angestellt werden.

Vgl. Bd. XVIII S. 129, 135; Bd. XX S. 14; Bd. XXVI S. 96; Erg.-Bd. zu Jahrg. 31 u. 32 S. 160.

Obigen Ausspruch hat der oberste Gerichtshof damit motivirt, daß nach Hyp.-Ges. §. 54 auch gegen den dritten Besitzer die heutige Hypothekenklage primär auf Zahlung der versicherten Schuld gerichtet erscheine.

OAGErk. v. 29. Febr. 1868 Reg.-Nr. 4.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 10. Okt. 1868. 33. Jahrgang. № 21.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zu Art. 74 und 75 des Gesetzes über die Feuerversicherungsanstalt vom 28. Mai 1852. Die Verbindlichkeit zur Leistung der Versicherungsbeiträge für Kultusgebäude trifft außer dem Falle des Art. 75 Abs. 2 niemals den nur subsidiär Baupflichtigen. — Devolutiveffekt der Appellation; Erstreckung der Prüfung des Oberrichters auf Alles, was von der Beschwerde abhängt. — Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung. — Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? — Berichtigung.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zu Art. 74 und 75 des Gesetzes über die Feuerversicherungsanstalt vom 28. Mai 1852. Die Verbindlichkeit zur Leistung der Versicherungsbeiträge für Kultusgebäude trifft außer dem Falle des Art. 75 Abs. 2 niemals den nur subsidiär Baupflichtigen.

Gegen den Fiskus, welchem die subsidiäre Baupflicht an der Kirche und dem Pfarrhause zu S. obliegt, wurde von der Kirchengemeinde auf Zahlung der Brandversicherungsbeiträge geklagt, weil die Mittel der primär baupflichtigen Kirchenstiftung zu deren Bestreitung nicht hinreichten. Dieser Anspruch wurde auch auf das Gesetz vom 28. Mai 1852 gegründet, da aus dessen Art. 75 Abs. 2 hervorgehe, daß bei Mittellosigkeit des primär Baupflichtigen der subsidiär Baupflichtige den Ausfall zu decken habe.

Der oberste Gerichtshof nahm jedoch an, daß

Digitized by Google

ſchon nach dem Wortlaute der Art. 74 und 75 dieſes Geſetzes der nur ſubſidiär Baupflichtige außer dem ſpeziellen Falle des Art. 75 Abſ. 2 niemals zur Zahlung der Brandverſicherungsbeiträge verpflichtet ſei, und deduzirte dieß auch noch umſtändlich aus der Entſtehungsgeſchichte der Art. 74 und 75.

OAGE. v. 22. Febr. 1868 Reg.-Nr. $1521^{66}/_{67}$.

2.

Devolutiveffekt der Appellation; Erſtreckung der Prüfung des Oberrichters auf Alles, was von der Beſchwerde abhängt.

Nach Kap. XV §. 6 Nr. 1 d. GO. wird bekanntlich durch die Appellation die Streitſache nach Maßgabe der eingewendeten Specialgravamina ſammt Allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt. Dieſe Erſtreckung der Kognition des Oberrichters auf Alles, was von einer Beſchwerde ab- oder damit untrennbar zuſammenhängt, überhebt denſelben der Nothwendigkeit, wenn er einen neuen Urtheilsſatz aufzuſtellen in den Fall kömmt, gelegenheitlich auch Irrthümer darin mit einzuflechten, welche er in dem angefochtenen Ausſpruche entdeckt, ohne daß ſie die bei der Sache zunächſt betheiligte Partei mit einer Beſchwerde angefochten hätte. Der nachſtehende Fall eröffnete dieſem Satze eine Anwendung.

Nach verhandelter Sache erließ die erſte Inſtanz ein auch in der zweiten beſtätigtes Beweisinterlokut, wodurch dem Kläger der Beweis eines für die Sache erheblichen Punktes, dem Beklagten der einer vermeintlichen Einrede auferlegt wurde. Nur der Beklagte ergriff dagegen das Rechtsmittel der Reviſion, indem er aufſtellte, er hätte ſogleich von

Digitized by Google

der Klage entbunden werden, eventuell der ihm aufgetragene Gegenbeweis in umgekehrter Fassung vielmehr dem Kläger auferlegt, auch das Beweisthema des Klägers durch eine Einschränkung modifizirt werden sollen.

Der oberste Gerichtshof fand die erste Beschwerde ungegründet, die zweite aber gegründet, weshalb vor Allem dem Kläger der Beweis seines von einer Rechtsvermuthung nicht unterstützten Klagegrundes auferlegt wurde. Auch die dritte Beschwerde, die hier vorzugsweise in Betracht kömmt, fand der oberste Gerichtshof gegründet und folglich dazu geeignet, die vom Beklagten gewünschte Beschränkung des Beweisthemas vorzunehmen. Hiebei zeigte sich jedoch, daß der Kläger ohne zureichenden Grund mit diesem Beweise belastet war, daß vielmehr die Beweislast über das Widerspiel des fraglichen modifizirten Satzes dem Beklagten selbst zufiel. Der Kläger hatte sich zwar bei seiner Beweisauflage im Ganzen genommen beruhigt, sich ihr unterworfen, ja selbst den Beweis bereits vorsorglich angetreten; indem aber jenem Beweisthema ein wesentlich engerer Umkreis gezogen wurde, erwachte für ihn ein Interesse, sich diesen Beweis in seiner ihn schwieriger stellenden Beschränkung abgenommen zu sehen. Man konnte nicht sagen, derselbe hätte in Voraussicht einer verlangten und möglichen Abänderung seines Beweissatzes eventuell adhäriren und beantragen sollen, ihm jenen Beweis ganz abzunehmen; er durfte sich darauf verlassen, der oberste Gerichtshof werde auch von Amtswegen eine ihm zugedachte neue Belästigung von ihm abwenden. Der oberste Gerichtshof nahm daher auch wirklich dem nicht beschwerdeführenden Kläger, scheinbar zu seiner Erleichterung, jene Beweislast ab und trug vielmehr dem revisionsuchenden Beklagten den Beweis über den auf das richtige Maaß zurückgeführten Thatumstand auf.

*

Digitized by Google

In den Entscheidungsgründen wurde hiezu bemerkt:

„Durch die erste und Hauptbeschwerde des Beklagten, darauf gerichtet, daß er nicht sofort definitiv von der ganzen Klage entbunden wurde, findet sich der oberste Gerichtshof mit der Entscheidung der ganzen Sache befaßt. Sollte sich hiebei zeigen, daß die Lage des Beklagten in einem wesentlichen Punkte zu erleichtern wäre, so müßte auch untersucht werden, welche Rückwirkung diese Abhilfe in umgekehrter Richtung auf die Stellung des Klägers zu äußern vermag. Indem dieser sich bei dem Ausspruche der Vorinstanz im Ganzen genommen beruhigte, hat er nicht darauf verzichtet, unter dem Gesichtspunkte dessen, was von der Beschwerde ab- oder damit zusammenhängt, Nachtheile von sich abgewendet zu sehen, welche eine bis auf den Grund reichende Revision der Entscheidung als unberechtigt wahrnimmt und welche in das neugeschöpfte Urtheil nachmals mit einzuflechten die dritte Instanz sich weder berufen noch durch engherzig gezogene Grenzen einer vermeintlichen Rechtskraft für gebunden erachten kann . . . . . Diese Beschränkung des großen Zeitraumes, über welchen sich die fragliche Einrede nach dem Urtheile der beiden Vorinstanzen verflachen dürfte, womit der dritten Revisionsbeschwerde des Beklagten einige Folge zu geben war, führt aber von selbst auf die untrennbar davon ab- und damit zusammenhängende Frage, welchem der Theile der Beweis in Bezug auf diesen erheblich befundenen Thatumstand obliege. Ohne zureichenden Grund haben die Vorinstanzen den Kläger damit belastet. Denn . . . . . Eben deshalb war nicht dem Kläger das Umgekehrte, sondern vielmehr dem Beklagten der Beweis aufzuerlegen, daß X. im Januar 1865 ganz oder bis zu welchem Belaufe theilweise außer Stand gewesen

sei, die Valuta des auf K. girirten Wechsels von D. zu 3000 fl. zu bezahlen."

OAGErk. v. 17. März 1868 RNr. $1467^{66}/_{67}$.
77.

3.

Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof aus nachstehenden Gründen aufgestellt:

„Fragliche Verordnung spricht von den Militärpersonen, von den Soldaten bis zum Oberoffizier, von den Oberoffizieren und von den bei dem Kriegsdienste als Auditor, Quartiermeister, Aerzte und dergleichen angestellten Personen, und stellt dadurch als das wesentliche diese Personen von allen anderen unterscheidende Merkmal auf, daß sie bei dem Kriegswesen Dienste zu leisten haben müssen, wenn sie als Militärpersonen anzusehen sein sollten. Sie hat nach ihren Eingangsworten und nach den in den Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege von Gönner und Schmidtlein Bd. 3 S. 32 veröffentlichten Motiven ihr Entstehen aus der Erwägung des Mißstandes erhalten, welcher sich bei der Verschiedenheit der im Königreiche geltenden Civilgesetze ergeben würde, wenn auf die Militärpersonen die Civilgesetze ihres jedesmaligen, dem häufigsten Wechsel unterworfenen Aufenthaltsortes ausnahmslos angewendet werden sollten. Dieser Grund ihrer Entstehung, welcher zugleich ihren Zweck und ihre Absicht ausspricht, der Weg, auf welchem sie zu den von ihr aufgestellten Vorschriften gelangte, und die Anordnungen selbst, welche durch sie getroffen sind, zeigen wiederholt, daß sie nur für die Mi-

Digitized by Google

itärpersonen gegeben ist, welche bei dem Kriegsvesen Dienste zu leisten haben. Sie statuirt keine Ehrenvorzüge für die Militärpersonen, sie hat namentlich nichts mit dem Ehrenvorzuge des privilezirten Gerichtsstandes zu thun, welcher den Oberoffizieren in ihren Civilrechtsangelegenheiten durch das Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betreffend, eingeräumt gewesen ist; welchen Gesetzen die Militärpersonen in strafrechtlicher und disziplinärer Beziehung untergeben seien, ist ihr nicht minder fremd, sie ordnet nur an, welche Civilgesetze auf die Militärpersonen Anwendung haben. Ihre Wirkung erstreckt sich auch auf die Militärpersonen nicht länger, als sie sich bei dem Kriegsdienste befinden, mit ihrem Austritte aus dem Kriegsdienste haben die Militärpersonen in ihren neuen Civilrechtsangelegenheiten sofort die Civilgesetze des Ortes, an welchem sie nunmehr ihr Domizil begründen, oder ihres sonstigen Aufenthaltsortes zu befolgen. Sie ist demnach für alle Personen nicht gegeben, welche aus anderen Gründen zu dem Militär zu zählen sind, als weil sie Kriegsdienste zu leisten haben.

Die Stelle der Offiziere à la suite ist aber lediglich eine Ehrenstelle. Sie gehören vermöge dieser Ehrenstellung dem Militär an, sind aber keine Militärpersonen im Sinne der in Frage stehenden Verordnung, indem sie keine Kriegsdienste leisten. Sie wählen ihren Aufenthaltsort nach ihrer Willkühr, sind aus Erwägungen des Kriegsdienstes nicht gebunden, den frei gewählten Aufenthaltsort zu verlassen. Sie haben im Falle ihrer Verehelichung die Bewilligung dazu nicht von der vorgesetzten Militärbehörde zu erholen, erstatten davon lediglich Anzeige bei derselben, und leisten keine militärische Heirathskaution (Verhandlungen der zweiten Kammer der Stände von $18^{27}/_{28}$ Bd. 10 S. 179,

182, 196, 197; Dollmann, Gesetzgebung des Königreiches Bayern Th. III Bd. 2 S. 155 Ziff. 1; Wirthmann, die Heirathskautionen und Ehen der Militärpersonen S. 145).
OAGErk. v. 4. Apr. 1868 Reg.-Nr. 113 u. 120.
77.

4.

Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen?

Die natürlichen Erben eines Testators, welcher das bischöfliche Domkapitel X. als seinen Erben eingesetzt hatte, bekämpften das Testament, indem sie behaupteten, dem Domkapitel fehle die passive Testabilität; sie unterlagen jedoch in sämmtlichen Instanzen.

Nach der Behauptung, daß die Domkapitel in Deutschland bis zur Säkularisation unbestritten juristische Personen waren, äußern sich die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe, wie folgt:

„Aus der übereinstimmenden Anschauung der Kirchenrechtslehrer bezüglich des Kirchengutes der Kathedralkirchen ist die Aufstellung abzuleiten, daß dasselbe vor dem Zeitpunkte der Säkularisation in der Ausscheidung des eigentlichen Kirchengutes (fabrica ecclesiae), — des bischöflichen Tafelgutes (mensa episcopalis) — und des Kapitelpfründegutes (portiones canonicae) sich zur festen Rechtsgestalt ausgebildet hatte, welche Ausscheidung mit der Auflösung des kanonischen Kommunlebens eingetreten war, und in Ansehung des Kapitelgutes die vormalige mensa capitularis zum Gegenstande hatte, jenes Gut nämlich, das die Bischöfe bei Einführung des kanonischen Lebens ihren Kapiteln als

abgesondertes Stiftungsvermögen zugewiesen hatten.

An diese Aufstellung reiht sich nun die Frage, ob durch den Reichsdeputationshauptschluß (die Säkularisation), beziehungsweise in Bayern durch das Konkordat vom 24. Oktober 1817 und die Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 nebst dem Religions-Edikte die bis dahin bestandene rechtliche Stellung der Domkapitel eine solche Aenderung erfahren habe, daß diese von der Säkularisation an nur mehr als rechtsfähige juristische Personen des öffentlichen Rechtes, als Kollegien mit kirchenamtlichem Wirkungskreise anzusehen seien, dagegen ihre Rechtsfähigkeit als Korporationen in der Privatrechtssphäre eingebüßt, also insbesondere auch die Fähigkeit des Vermögenserwerbes, folgeweise der passiven Erbeinsetzung, verloren hätten. Diese Frage kann aber nicht bejaht werden.

Im §. 34 des Reichsdeputationsschlusses ist bestimmt, daß alle Güter der Domkapitel und ihrer Dignitarien den Domänen der Bischöfe einverleibt werden und mit den Bisthümern auf die Fürsten übergehen sollen, denen sie angewiesen sind. Im §. 61 findet sich die wiederholte Bestimmung, daß die Regalien, bischöflichen Domänen, domkapitel'schen Besitzungen und Einkünfte dem neuen Landesherrn zufallen. Am Schlusse des §. 75 ist von den Einkünften der Domkapitel und anderer Korporationen die Rede. — Aus diesen Sätzen der Säkularisationsakte selbst bestätigt sich die Fortdauer der Aufstellung, daß die Domkapitel als Korporationen mit selbständigem, von den bischöflichen Domänen getrennten Vermögen aufgefaßt und behandelt wurden. Die Bischöfe und die Domkapitel wurden kraft dieser Sätze ihrer bis dahin besessenen Güter beraubt, ohne daß hiebei von dem Angriffe

Digitized by Google

auf das Fabrikgut der Kirchen selbst die Rede ist, welchen diese Geistlichkeit zugehört.

Im §. 35 geschieht die Säkularisation aller fundirten Stifter, Abteien und Klöster, und zwar ohne Rücksicht auf Fabrik- und Pfründegut, und hier ist es, wo man, weil der Diözesanverband durch Einziehung der Mutterkirche nicht gelöst werden wollte, sich zu dem bestimmten Vorbehalte „der festen und bleibenden Ausstattung der Domkirchen" veranlaßt sah, wozu man den respektiven Landesherrn verpflichtete. — Daß unter diesem Ausstattungsvorbehalte der Domkirchen nicht die Unterhaltung und innere Einrichtung des Gotteshauses allein verstanden wurde, ergibt sich aus dem ausgesprochenen Zwecke der Beibehaltung, welche gemäß der nachfolgenden Bestimmung in §. 62 nur auf den Fortbestand des kirchlichen Diözesanverbandes Bezug hatte, daher auch nothwendig und selbstverständlich auf die Ausstattung des zur kirchenrechtlichen Administration einer Dom- (Diözesan-, Mutter-) Kirche erforderlichen Klerus erstreckt werden muß.

Demgemäß trafen denn auch die §§. 49—54 sofort für die ununterbrochene Sustentation der Bischöfe, Domkapitulare und Domvikare entsprechende Vorsorge und bestimmt der bereits angezogene §. 62 schlüßlich: „Die Erz- und Bischöflichen Diözesen verbleiben in ihrem bisherigen Zustande, bis eine andere Diözesaneinrichtung auf reichsgesetzliche Art getroffen sein wird, wovon dann auch die Einrichtung der künftigen Domkapitel abhängt."

Aus diesen Bestimmungen des Reichsdeputationsschlusses läßt sich keine andere Folge ableiten, als daß die Domkapitel nur ihrer bisherigen politischen (territorialen) Stellung, nicht aber ihrer kirchenrechtlichen entkleidet und ihres bisherigen Vermögensbesitzes, nicht aber ihrer Privatrechtsfähig-

Digitized by Google

keit entsetzt, daß vielmehr ihr weiteres Schicksal der Reichsgesetzgebung anheimgegeben wurde.

Eine solche ist bekanntlich wegen Unterganges des deutschen Reiches nicht mehr erfolgt, so daß die weitere Frage herantritt, inwieferne etwa unter der bayerischen Landesherrschaft den bischöflichen Domkapiteln eine ihre bisherige Rechtssubjektivität destruirende oder dieselbe konservirende Einrichtung gegeben wurde. Unschwer lassen sich die entschiedenen Momente der konservirenden Einrichtung und zwar gerade in der vermögensrechtlichen Sphäre nach der dreifachen Vermögensausscheidung, wie sie vor der Säkularisation bestand, auch im bayerischen Verfassungsrechte wieder nachweisen.

Das Konkordat vom 24. Oktober 1817 bestimmt in Art. I, daß die römisch-katholisch-apostolische Religion im ganzen Umfange des Königreiches Bayern mit jenen Rechten und Prärogativen erhalten werden soll, welche sie nach göttlicher Anordnung und den canonischen Satzungen zu genießen hat. — Hierin liegt Konservirung der Rechte nnd Prärogativen der Kirche und des gesammten Klerus nach der bisherigen kirchenrechtlichen Konstitution.

Art. II bestimmt die nene Eintheilung der Diözesen im Königreiche Bayern und die erz- und bischöflichen Sitze. Art. III ordnet den korporativen Umfang der Kapitel der Metropolitan- und bischöflichen Kirchen. — Bisher spricht sich also die Konservirung der Diözesanordnung mit ihren klerikalen Attributen im alten kanonischen Bestande, somit auch die staatsrechtliche Anerkennung der Domkapitel in ihrer hergebrachten Korporationsform aus, welche ihnen die juristische Persönlichkeit verleiht. Indem im Absatze 3 des Art. III gesagt ist, „daß alle Dignitarien und Kanoniker den Erzbischöfen und Bischöfen als Räthe dienen werden und den Erzbischöfen und Bischöfen deren Verwendung zu den Amtsgeschäf-

Digitized by Google

ten nach Gutbedünken freistehen soll", erhellt deutlich, daß die Organisation der Kapitel zu kirchenamtlichen Kollegien dem Ermessen des Bischofes überlassen worden, daß also die staatsrechtliche Anerkennung der Kapitel nicht auf diese Organisationsform zu beziehen ist.

Nun reihen sich aber die weiteren Bestimmungen an, welche diese juristische Persönlichkeit auch wieder zum vermögensrechtlichen Subjekte, der früheren Ausscheidung getreu, ausprägen.

Art. IV bestimmt in seinem Schlußabsatze: „Die Fonds, Einkünfte beweglicher und unbeweglicher Güter der bischöflichen Kirchen und ihrer Fabriken werden erhalten werden ꝛc. ꝛc." (Konservirung der fabrica ecclesiae, des eigentlichen Kirchengutes). — Im Abs. 1 bestimmt derselbe Artikel: „Die Einkünfte zum Unterhalte der Erzbischöfe und Bischöfe werden auf Güter und ständige Fonds gegründet werden, welche der freien Verwaltung der Erzbischöfe und Bischöfe übergeben werden" (Konservirung der mensa episcopalis, des bischöflichen Tafelgutes). — Im Abs. 2 bestimmt der Artikel: „In gleicher Art werden auch die erzbischöflichen und bischöflichen Kapitel und die bei denselben angestellten Vikare oder Präbendirten ihre Ausstattung mit dem Rechte der Selbstverwaltung erhalten" (Konservirung der mensa capitularis seu portiones canonicae, des Kapitelgutes).

Im Absatze 4 ist endlich bestimmt: „Alle diese Einkünfte sollen in ihrem Betrage stets vollständig und ungeschmälert erhalten werden und die Güter und Fonds weder veräußert, noch in Geldbesoldungen verwandelt werden können. Zur Zeit der Erledigung eines erzbischöflichen oder bischöflichen Stuhles, der Dignitäten, Kanonikate, Präbenden oder Vikariate wird der Betrag der erwähnten Ein-

Digitized by Google

künfte zum Besten der betreffenden Kirchen erhoben und erhalten." — Die Kirchen, die Bischöfe und die Kapitel sind in diesen Bestimmungen zweifellos als die drei selbständigen Träger des Kirchengutes in Ansehung der betreffenden Kathedralkirchen nach altem Rechtsbestande anerkannt, und es hätte die Bestimmung des Kapitels zu einem in den Privatverkehr eingreifenden, selbständigen vermögensrechtlichen Subjekte gar nicht deutlicher ausgedrückt werden können, als durch die ausdrückliche Einräumung des Selbstverwaltungsrechtes.

Folgt aus dieser Schöpfung oder richtiger Anerkennung eines vermögensrechtlichen Rechtssubjektes die Fähigkeit desselben zur Vermögensveräußerung und Vermögenserwerbung — soweit nicht besondere Beschränkungen etwa aufgestellt sind — schon von selbst, so ist gleichwohl im Art. VIII Abs. 2 des Konkordates „die Berechtigung der Kirche, neue Besitzungen zu erwerben und das Erworbene als Eigenthum gleichen Rechtes mit den älteren Kirchenstiftungen zu haben", noch besonders anerkannt und ausgesprochen; welche Berechtigung, weil sich der Begriff des Kirchengutes ebenso über das Pfründe- wie über das Fabrikvermögen ausdehnt, auch die bischöflichen Domkapitel, als kirchliche Pfründestiftungen, in sich schließt.

Am 26. Mai 1818 endlich erfolgte die Verfassungsurkunde des Königreiches Bayern, welche im Titel IV §. 9 und 10, dann in dem beigefügten besonderen Edikte (Beil. II) über die äußeren Rechtsverhältnisse der Einwohner des Königreiches Bayern in Bezug auf Religion und kirchliche Gesellschaften §. 28, 31, 44 und 46 allen Religionstheilen ohne Ausnahme das Eigenthum der Stiftungen und den Genuß ihrer Renten nach den ursprünglichen Stiftungsurkunden und dem rechtmäßigen Besitze, sie seien für den Kultus, den Unterricht oder

Digitized by Google

die Wohlthätigkeit bestimmt, vollständig sicherte, das gesammte Stiftungsvermögen und Eigenthum der aufgenommenen Kirchengesellschaften als öffentlicher Korporationen unter den besonderen Schutz des Staates stellte, und die Kirchen für berechtigt erklärte, Eigenthum zu besitzen und nach den hierüber bestehenden Gesetzen auch künftig zu erwerben.

Der ideelle Begriff Kirchen umfaßt nach katholischer Anschauung in der Wirklichkeit alle einzelnen Kirchenverbände in den Diözesansprengeln und die betreffenden Diözesan-Kathedralkirchen als Metropolen; er umfaßt also in der vermögensrechtlichen Richtung, in welcher er gebraucht ist, nicht nur die Fabrikgüter, sondern auch die Pfründestiftungsgüter aller einzelnen Kirchen, somit an den Kathedralkirchen auch das bischöfliche Tafelgut und das Kapitelgut.

Da aber das Kapitelgut den bischöflichen Kapiteln nur in ihrer kirchenrechtlichen Eigenschaft einer selbständigen Korporation zukommt, so erscheint durch die angeführte Verfassungsbestimmung gerade diese vermögensrechtliche Rechtssubjektivität, um welche es sich gegenwärtig streitet, in konkludenter Weise bestätigt und anerkannt."

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen:

„Es wird nicht bestritten, daß nach den gemeinkirchenrechtlichen Bestimmungen die Kapitel bei den erzbischöflichen und bischöflichen Domkirchen als solche Träger der juridischen Persönlichkeit waren, wofür schon die allgemeine Thatsache des wirklichen und gesetzlich anerkannten Vermögensbesitzes derselben spricht.

Die Privatrechtsfähigkeit der Domkapitel ist auch im Reichsdeputations-Hauptschlusse vom 25. Februar 1803 vorausgesetzt, indem von einem Vermögen derselben gesprochen und über dieses verfügt

Digitized by Google

wird (§. 34, 61, 62 und 75 am Ende). Diese Voraussetzung kann nicht mit dem Territorialbesitze der mediatisirten Bisthümer in Verbindung gebracht werden, weil gerade nach allgemeinen kirchenrechtlichen Bestimmungen die Korporationsrechte der Domkapitel überhaupt anerkannt sind, weil ferner den Domkapiteln selbst die Reichsunmittelbarkeit nicht zugestanden wurde (vgl. Anmerk. zum bayer. Landr. Th. V Kap. XIX §. 10 lit. n).

Die Domkapitel erschienen sonach im Ganzen als einzelne kirchliche Stiftungen und ändert hieran der Umstand nichts, daß aus deren Vermögen für die einzelnen Dignitarien und Kanoniker vielfach besondere Präbenden gebildet wurden, weil die Gesammtheit dieser Präbenden das Kapitelvermögen repräsentirt und weil auch nach Abtheilung der Pfründen ein Gesammtvermögen des Kapitels (fructus super excrescentes) zur Erfüllung der Gesammtaufgabe der Domkapitel, die nicht blos kirchenrechtlich amtliche, sondern auch gottesdienstliche Funktionen hatten, übrig bleiben konnte und vielfach auch wirklich gebildet worden ist. (Vergl. Concil. Trident. sess. 21 cap. 3 de reform.).

Es kann daher nur in Frage stehen, ob den dermaligen Domkapiteln das gleiche Recht der Vermögensfähigkeit zustehe oder nicht. Diese Frage muß aber bejaht werden, wenn nicht nachweisbar ist, daß in dem Wesen der dermaligen Domkapitel gegenüber den früheren rechtlich eine bezügliche Aenderung eingetreten ist, was auch für den Fall gilt, wenn die Domkapitel theilweise völlig aufgehoben waren und später wieder eingeführt worden sind.

Eine solche Aenderung ist aber insbesondere im Königreiche Bayern nicht eingetreten. Durch das Konkordat vom 24. Oktober 1817 wurden die Domkapitel nicht als eine völlig neue Institution erst eingeführt, sondern als kanonische Institutionen ein-

Digitized by Google

fach anerkannt und von Neuem begründet, was sich aus den in Art. I mit XVII enthaltenen Hauptbestimmungen ergibt, daß die katholische Kirche mit jenen Rechten und Prärogativen erhalten werden soll, welche sie — somit in ihren Attributen — insbesondere nach den kanonischen Satzungen zu genießen hat, und daß Alles, was kirchliche Gegenstände und Personen betrifft, soferne besondere Bestimmungen nicht getroffen sind, nach der bestehenden und angenommenen Disziplin der Kirche behandelt werden soll.

Es ist auch selbstverständlich, daß eine alte kirchliche Institution so lange in ihrer früheren Bedeutung genommen werden müsse, als nicht eine Aenderung des Wesens derselben dargelegt ist.

Hieran ändert nichts, daß in Art. III Abs. 1 und Art. VIII Abs. 2 des Konkordates, dann in §. 44 der 2. Beilage zur Verf.-Urkunde von dem Rechte der Kirche beziehungsweise Kirchen, Vermögen zu erwerben, die Rede ist, denn hier ist von der Kirche in ihrer Gesammtheit, mit allen ihren Attributen die Rede, und insbesondere schließt die Bestimmung des angef. Art. III Abs. 1, daß, wenn in Zukunft die Renten der Domkirchen durch neue Stiftungen oder sonstige Vermehrung ihres Gutes Zuwachs erhalten sollten, die Zahl der Kanoniker und Vikare vermehrt werden könne, die privatrechtliche Persönlichkeit der Domkapitel selbst nicht aus, weil diese Bestimmung nicht als eine singuläre Beschränkung der in Art. I u. XVII ausgesprochenen allgemeinen Grundzüge des Konkordates aufgefaßt zu werden vermag, sondern nur als Unterstellung eines einzelnen Falles der Möglichkeit der Präbenden-Vermehrung erscheint, daher davon abgesehen werden kann, ob hier von dem Vermögen der Kirche als einer auch die mensa episcopalis und das Kapitelgut in sich begreifenden Gesammtheit die Rede ist oder nicht.

Digitized by Google

Sind somit die Domkapitel mit ihrer früheren Gesammtaufgabe in ihrer früheren Wesenheit wiederhergestellt, so erscheinen sie als dieselben kanonischen Korporationen, welche sie ursprünglich waren, haben somit auch alle Rechte, welche ihnen ursprünglich beigelegt worden sind. Vergl. Dr. Huller, die juriſt. Persönlichkeit der Domkapitel in Deutschland S. 81 §. 30 u. S. 85 §. 3.

Hienach kann unerörtert bleiben, ob in der Bestimmung des Art. IV Abs. 2 des Konkordates, wonach die Bezüge der Kanoniker auf Güter und ständige Fonds mit dem Rechte der Selbstverwaltung gegründet werden sollen, die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der Domkapitel nothwendig liege, oder ob hier nur von der Verwaltung der zur Sustentation ausgewiesenen Grundrentenbezüge allein die Rede ist."

OAGE. v. 4. Aug. 1868 RNr. 464.

Nachschrift des Einsenders. Diese außerordentlich wichtige Rechtsfrage bietet auch noch eine andere Seite, bei deren Betrachtung an die Spitze zu stellen ist, daß die Lehre von den juristischen Personen dem Civilrechte angehört und daß daher die Fragen über den Begriff und das Wesen derselben auch bei kirchlichen Instituten nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beantworten sind.

(Schluß folgt.)

Berichtigung.

S. 314 Z. 14 v. u. statt: „von" lies: „non".

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 24. Okt. 1868. 33. Jahrgang. № 22.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? (Schluß.) — Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden. — Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen?

(Schluß der Nachschrift S. 336.)

Aus der Geschichte der Domkapitel in Deutschland weiß man, daß sie in der Vorzeit ihren Unterhalt lediglich aus dem Vermögen der Bischöfe bezogen haben. Sicher hatten sie damals keine juristische Persönlichkeit; aber eben so sicher erwarben sie dieselbe, als sie später mit einem vom bischöflichen Vermögen ausgeschiedenen besonderen Stiftsvermögen dotirt wurden, dessen Erträgnisse gewöhnlich die Bestimmung hatten, theils für die Kirchenfabrik, theils für die vom Stifte abhängigen milden

Digitized by Google

Anstalten verwendet, theils zum Unterhalte der Kanoniker unter diese vertheilt zu werden.

Dieses Verhältniß ist jedoch vollständig geändert worden mit dem Reichs-Deput.-Hauptschlusse vom J. 1803, indem hiedurch alle Güter der Domkapitel den Domainen der Bischöfe einverleibt und mit den Bisthümern den Fürsten, welchen diese zufielen, überwiesen wurden.

Mit der Einziehung des Gesammtvermögens der Domkapitel mußte nothwendig auch die juristische Persönlichkeit derselben untergehen, weil es zum Begriffe und Wesen der juristischen Personen gehört, daß sie ein zur Erreichung ihres besonders bestimmten Zweckes verfügbares Vermögen besitzen, was sich schon daraus ergibt, daß die Fiktion juristischer Personen im Rechte gerade nur deshalb aufgenommen wurde, damit ein bestimmtes Vermögen einem über das Leben des Individuums hinausdauernden, von dessen Individualität unabhängigen Zwecke dienen könne, und damit die Unsicherheit, welcher die Erreichung dieses Zweckes ausgesetzt wäre, wenn man eine oder mehrere natürliche Personen als berechtigtes Subjekt behandelte, beseitigt werde (Savigny, Syst. Bd. II S. 240 u. 259; Pucht a, Pand. und Vorles. §. 25 u. 26).

Gleichwie der Staat nur als Subjekt eines Vermögens als juristische Person (fiscus) erscheint, und gleichwie die Universitäten nicht schon als Lehranstalten, sondern nur insoferne, als sie ein eigenthümliches Vermögen besitzen, den juristischen Personen beigezählt werden, ebenso können sich die Domkapitel nicht schon ihres kirchlichen Amtes wegen, nicht schon als Kollegien zur Unterstützung des Bischofes in Administration der Diözese, sondern lediglich als Besitzer eines dem kirchlichen Zwecke dienenden Stiftsvermögens der juristischen Persönlichkeit erfreuen.

Digitized by Google

Die Gründe der mitgetheilten Erkenntnisse nehmen an, daß sich die juristische Persönlichkeit der Kirche von selbst auf alle Attribute derselben erstrecke; allein wenn es auch richtig ist, daß diese Persönlichkeit nicht blos der Kirche in ihrer Gesammtheit, sondern auch den einzelnen Gotteshäusern, Pfarreien und sonstigen Stiftungen zukömmt, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die der Kirche im Allgemeinen zustehende Persönlichkeit genüge, um dieselbe auch sämmtlichen kirchlichen Instituten mitzutheilen, auch wenn diese kein Vermögen besitzen; denn selbstverständlich muß ein Institut, wenn es für sich eine besondere Persönlichkeit bilden soll, auch für sich die civilrechtlichen Bedingungen derselben erfüllen, und gleichwie zur Erreichung des Zweckes der Kirche überhaupt in der Welt Vermögen erforderlich ist, so muß ein solches auch für den besonderen Zweck des einzelnen Institutes vorhanden sein, wenn dessen besondere Persönlichkeit auf dem Gebiete des Privatrechtes begründet sein soll.

Die Richtigkeit dieses Grundsatzes läßt sich nicht klarer und bündiger anerkennen, als es früher durch den obersten Gerichtshof selbst geschehen ist. Es heißt nämlich in den Gründen zum Erkenntnisse vom 9. April 1867 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 280) wörtlich:

„Wohl sind die Kirche und der Staat, inso„ferne sie durch ihr Vermögen in privatrechtliche „Verhältnisse eintreten, von Rechtswegen als juri„stische Personen erklärt; bei Kollegien dagegen muß „immer erst die Untersuchung der Frage hinzutreten, „ob derlei Organe mit einem Korporationsvermögen „ausgestattet sind, ob sie daher außer ihrer amt„lichen auch eine privatrechtliche Thätigkeit entwickeln „und als Inhaber eines selbständigen Vermögens „gleich natürlichen Personen in den allgemeinen Ver„kehr eingreifen."

*

Digitized by Google

Die hier bemerkte Untersuchung führte den obersten Gerichtshof bezüglich der bischöflichen Ordinariate dazu, denselben die juristische Persönlichkeit abzusprechen, was auch bezüglich mancher anderer Institute, z. B. der Ruraldekanate, ganz in der Ordnung wäre. Und so ist denn, nachdem durch den R.-D.-H.-Schluß die sämmtlichen Güter der Domkapitel eingezogen worden sind, auch die Grundbedingung der juristischen Persönlichkeit dieser Institute hinweggefallen, und demnach die in II. Instanz aufgestellte Behauptung, daß sie *nur* ihres Vermögensbesitzes, hiedurch aber nicht zugleich ihrer Privatrechtsfähigkeit entsetzt worden seien, sicher nicht gerechtfertigt.

Hiezu kommt noch, daß in Bayern in der Zwischenzeit vom R.-D.-H.-Schlusse bis zum Konkordate vom $\frac{5. \text{ Juni}}{24. \text{ Okt.}}$ 1817 weder Bischöfe noch Domkapitel, sondern nur auf Staatskosten erhaltene Generalvikariate bestanden haben, weshalb denn auch, selbst abgesehen vom Vermögensbesitze, von einer *fortdauernden* Vermögensfähigkeit der gar nicht bestandenen Domkapitel in Bayern keine Rede sein kann.

Die hier zu entscheidende Frage ist also nicht, wie die II. Instanz gethan hat, dahin zu formuliren, ob durch das Konkordat die *bisherige* Rechtssubjektivität der Domkapitel destruirt, sondern dahin, ob durch dasselbe die *untergegangene* Rechtssubjektivität dieser Kollegien *wiederhergestellt* worden sei.

Diese Frage dürfte aber wohl zu verneinen sein.

Die mitgetheilten Erkenntnisse legen hohen Werth auf Art. I und XVII des Konkordates, welche Artikel aber auf die vorliegende Frage gar nicht zu beziehen sind. Art. I sichert die Erhaltung der katholischen Religion in Bayern mit den ihr nach göttlicher Anordnung und den kanonischen Satzungen

Digitized by Google

gebührenden Rechten und Prärogativen. Es handelt sich hier um die Religion als ein rein spirituelles Verhältniß und nicht um civilrechtliche Ansprüche der Kirche, welche durch diesen Artikel schon wegen der Allgemeinheit desselben nicht begründet sein könnten. Art. XVII spricht von der Behandlung der kirchlichen Gegenstände und Personen nach der Lehre der Kirche und der bestehenden Kirchendisziplin in jenen Fällen, deren in den vorausgehenden Artikeln nicht ausdrückliche Meldung geschehen ist. Abgesehen davon, daß die civilrechtlichen Voraussetzungen der juristischen Persönlichkeit mit der Lehre und der Disziplin der Kirche nichts zu schaffen haben, wird im Art. VIII von der Vermögensfähigkeit der Kirche und ihrer Stiftungen besonders gehandelt, so daß also in dieser Beziehung Art. XVII nicht den geringsten Ausschlag zu geben vermag.

Wären die gegenwärtigen Domkapitel, wie die mitgetheilten Erkenntnisse annehmen, kirchliche Pfründestiftungen, so könnte nach Art. VIII des Konkordates und §. 44 der II. Verfass.-Beilage über die juristische Persönlichkeit derselben nicht der leiseste Zweifel bestehen; aber sie sind keine Stiftungen, weil ihnen das hiezu unbedingt erforderliche selbständige Vermögen fehlt, indem als solches die im Art. IV des Konkordates fixirten Beträge, welche die einzelnen Kapitelmitglieder, gleichwie die weltlichen Diener, aus der Staatskasse beziehen, unmöglich betrachtet werden können.

Zwar bestimmt Art. IV Abs. 2, daß die Domkapitel ihre Ausstattung mit dem Rechte der Selbstverwaltung erhalten werden; bekanntlich aber ist diese Bestimmung bisher nicht zur Ausführung gekommen und letztere wahrscheinlich mit Zustimmung der Kurie selbst unterblieben. Wäre sie jedoch auch ausgeführt worden, so könnte dieses die Sache dennoch nicht ändern.

Digitized by Google

Man würde sehr irren, wenn man diese Ausstattung im Sinne der Herstellung eines selbständigen Korporationsvermögens auffassen würde; der ganze Zusammenhang der Sache und insbesondere auch der lateinische Text des Konkordates läßt hierüber keinen Zweifel; denn, nachdem im vorausgehenden Absatze bestimmt worden ist, daß die Einkünfte zum Unterhalte der Bischöfe auf Güter und ständige Fonds gegründet und diese der freien Verwaltung der Bischöfe übergeben werden, bedient sich Abs. 2 nur der Worte: „Simili bonorum genere et administrationis jure gaudebunt capitula."

Indem sich der Staat verbindlich erklärte, die fixen Bezüge der Kapitelmitglieder auf Güter und ständige Fonds zu gründen, diese Einkünfte in ihrem Betrage stets vollständig und ungeschmälert zu erhalten und die Güter und Fonds weder zu veräußern noch in Geldbesoldungen zu verwandeln, blieben ihm alle Rechte an der Substanz derselben unzweideutig vorbehalten und von einer Eigenthumsübertragung an die Domkapitel kann um so minder die Rede sein, als diesen ausdrücklich nur die freie Verwaltung zugesichert wurde.

Hieraus ergibt sich, daß, gleichwie dem Staate die Verbindlichkeit obläge, jene Güter und Fonds bei allenfallsiger Insuffizienz derselben zu vermehren oder aufzubessern, die Kapitel verpflichtet wären, dem Staate Rechnung zu legen und die allenfallsigen Ueberschüsse herauszugeben, wodurch von selbst erhellt, was von der zweitrichterlichen Aufstellung zu halten sei, es hätte die Bestimmung der Kapitel zu selbständigen, vermögensfähigen Subjekten gar nicht deutlicher ausgedrückt werden können, als durch die Einräumung des Selbstverwaltungsrechtes.

Auch die in Art. IV Abs. 5 u. 6 erwähnten

Digitized by Google

Gebäude verblieben im Eigenthume des Staates, weshalb denn auch diesem und nicht den Domkapiteln die bauliche Erhaltung derselben obliegt.

Während sich nun nirgends die Spur eines den Domkapiteln überwiesenen Korporations-Vermögens, sondern überall nur die Fürsorge für die den einzelnen Kapitelgliedern gebührenden und jedem Verfügungsrechte der Kapitel entzogenen Gehälter zeigt, enthält das Konkordat auch noch weitere Bestimmungen, welche, wenn sie auch die Behauptung der mangelnden Rechtssubjektivität nicht streng beweisen, diese Behauptung doch sehr erheblich unterstützen.

Es wäre nämlich ganz natürlich gewesen, der Bestimmung des Art. III, daß, wenn in Zukunft die Renten der Metropolitan- bezw. Diözesankirche durch neue Stiftungen oder sonstige Vermehrung ihres Gutes einen die Errichtung mehrerer Präbenden ermöglichenden Zuwachs erhalten sollten, die Zahl der Kanoniker und Vikare noch weiter vermehrt werden solle, auch auf den Fall der Vergrößerung des Kapitelgutes auszudehnen, wenn man sich die Kapitel als vermögensfähige Subjekte gedacht hätte; indem aber diese Ausdehnung unterblieben ist, liegt der Schluß nahe, wie weit man entfernt gewesen sei, jenem Gedanken Raum zu geben.

Ebenso verhält es sich mit der Vorschrift des Art. IV Abs. 4, wonach die bei Erledigung eines Kanonikates ausfallenden Einkünfte zum Besten der betreffenden Kirche zu erheben sind; denn unter der Voraussetzung der juristischen Persönlichkeit des Kapitels wären diesem die bemerkten Einkünfte von selbst zugefallen, und es wäre, um dieselben nicht in die Staatskasse fließen zu lassen, nicht nöthig gewesen, sie der Kirche, als der dem Kapitel nächststehenden juristischen Person, zuzuwenden.

Digitized by Google

ɔen oberstrichterlichen Gründen wird auch
ührt, daß selbstverständlich eine alte kirch-
itution so lange in ihrer früheren Bedeut-
nmen werden müsse, als nicht eine Aen-
s Wesens derselben dargelegt sei. Dieses
dings richtig sein; immerhin aber muß
hen den kirchlichen und privatrechtlichen
en unterscheiden; man darf aus der Wie-
ıng des kirchlichen nicht auch jene des
lichen Wesens des Institutes folgern
außer Acht lassen, daß die juristische Per-
auch der älteren Domkapitel durch den
ıes selbständigen Korporationsvermögens
ar, so daß man, wenn man dieselbe den
ı bestehenden Domkapiteln wegen Mangels
ɔen Vermögens abspricht, durchaus nicht
Aenderung des alten Rechtsbegriffes aus-
ern nur den veränderten Thatsachen
rende Rechnung trägt. —
igens gilt Alles, was im Eingange zum
rlichen Erkenntnisse vom 9. April 1867
RA. Bd. XXXII S. 280 —283) gegen
lität der bischöflichen Ordinariate so über-
usgeführt ist, aus gleichem Grunde auch
ɔer Domkapitel; und es mag schließlich
ɔie Frage gestattet sein, wo denn, wenn
pitel erbfähig sind, nach konsumirter Erbs-
allenfallsiger Gläubiger des Testators
zu suchen, und ob er sich etwa an die
er einzelnen Kapitelglieder zu halten habe?

Rm.

Digitized by Google

2.

Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden.

S. und G. hatten für eine Aktiengesellschaft gemeinschaftlich einen Accordbau übernommen und deshalb der Direktion derselben eine namhafte Kaution in Bankscheinen geleistet. Nachdem diese Kaution zur Zurückgabe flüssig geworden war, behändigte die Direktion die Kautionsobjekte lediglich an G., worauf S., als er von G. seinen Antheil nicht erlangen konnte, die Direktion auf Entschädigung beklagte.

Die Direktion suchte sich mit der Behauptung zu schützen, daß, wenn mehrere Personen zusammen einen untheilbaren Gegenstand verpfändet haben, wegen des dadurch begründeten Solidaritätsverhältnisses zwischen denselben der Pfandbesitzer seiner Pflichten aus dem Pfandvertrage durch Zurückgabe des Pfandgegenstandes an den einen der Verpfänder vollständig entbunden werde.

Diese Behauptung wurde jedoch für unbegründet erkannt. Die oberstrichterlichen Gründe sagen hierüber:

„Solidarische Obligationen, welche ihren Grund lediglich in der Untheilbarkeit des Gegenstandes haben, den Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde zu fordern haben oder schuldig sind, stehen ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach nicht durchweg auf gleicher Linie mit den auf anderen Entstehungsgründen beruhenden solidarischen Obligationen, insbesondere den Korrealobligationen. Während bei anderen Solidar-Obligationen dem Schuldner freisteht, nach Belieben an den einen oder anderen der mehreren Berechtigten, so lange er nicht von einem derselben belangt ist, zu leisten, und durch die

Leistung an den einen Gläubiger das Recht der übrigen Gläubiger erlischt, haben die Obligationen, deren solidarischer Charakter bloß auf der Untheilbarkeit des zu leistenden Gegenstandes beruht, das Besondere, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung der Schuldner den übrigen Gläubigern gegenüber nicht befreit wird und daher entweder allen Gläubigern zusammen geleistet oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen Gläubiger sicher gestellt werden muß; es müßte denn ausnahmsweise die Leistung von solcher Beschaffenheit sein, daß die Erfüllung an den einen Gläubiger von selbst zugleich auch schon die Befriedigung der übrigen Gläubiger in sich schließt.

Daß dieses Letztere nicht der Fall ist, wenn eine von Mehreren gemeinschaftlich deponirte oder verpfändete Sache einem der Deponenten oder Verpfänder allein zurückgegeben wird, ist in den Rechtsquellen an mehreren Stellen: fr. 1 §. 36, fr. 14 pr. dep. (16, 3), fr. 54 §. 1 de V. O. (45, 1), arg. fr. 1 §. 44 dep. (16, 3), fr. 11 §. 1 de aqua (39, 3) — klar ausgesprochen und von der Doktrin wie in der Praxis als geltender Rechtssatz anerkannt. Vgl. Seuffert, Pand. Bd. II S. 6 Nr. 10 (4. Aufl.) u. dessen Komm. zur bayer. GO. Bd. II S. 200, Nr. 11 (2. Aufl.); Ribbentrop, Korrealobligationen S. 234—241; Arndts, Pand. §. 216; Windscheid, Pand. §. 299; Seuffert, Archiv Bd. VII Nr. 27, Bd. XV Nr. 78.

Das bayerische Landrecht enthält keine Bestimmungen, welche von dieser Lehre des ihm als Hilfsrecht dienenden gemeinen Rechtes abweichen.

Dasselbe läßt — Th. IV Kap. I §. 21 Nr. 7 — eine Korrealobligation nur durch Vertrag, Delikt, unmittelbare gesetzliche Bestimmung oder letztwillige Verfügung entstehen, zählt also zu den-

Digitized by Google

selben solche Obligationen nicht, bei welchen Solidarität bloß deßhalb stattfindet, weil sie eine untheilbare Sache zum Gegenstande haben.

In Bezug auf Obligationen dieser letzteren Art bestimmt das Landrecht Th. III Kap. I §. 14 Nr. 39 vgl. mit den Anmerkungen dazu Nr. 14 litt. e und mit Th. IV Kap. I §. 19 Nr. 6, daß, wenn von mehreren Erben einer wegen einer zur Erbschaft gehörigen untheilbaren Sache den Besitzer oder Schuldner belangt, diese Sache dem Kläger zwar ganz einzuräumen sei, jedoch nur gegen Kaution dafür, daß er die übrigen Miterben für ihre Antheile vergnügen wolle, und Baron Kreittmayr bezieht sich deßfalls in den Anmerkungen a. a. O. ausdrücklich darauf, daß solches auch gemeinen Rechtens sei, indem er hiefür das schon oben angeführte fr. 1 §. 36 depos. citirt. Zwar handelt diese Digestenstelle — so heißt es in den Anmerkungen zu Theil IV Kap. II §. 7 Nr. 8 lit. b weiter — nur von cohaeredibus, solches applizire sich aber per argumentum legis sehr wohl auf andere condominos rei depositae.

Es steht somit auch nach bayer. Landrechte fest, daß derjenige, welchem eine untheilbare Sache von Mehreren zusammen gegen seinerzeitige Rückgabe als Depositum, Pfand und dgl. übergeben wurde, durch Zurückgabe dieser Sache an den einen der Forderungsberechtigten von seiner Verpflichtung den anderen Forderungsberechtigten gegenüber nicht befreit wird, soferne dieß nicht ausdrücklich verabredet worden ist. Eine solche ausdrückliche Verabredung ist für den hier vorliegenden Fall von Seite der Beklagten selbst nirgends behauptet.

OAGErk. v. 31. März 1868 RNr. 19.

Rm.

Digitized by Google

3.

Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

(Siehe oben S. 147 — 149.)

U. hatte an L. ein Haus verkauft und sich hiebei vorbehalten, für den unbezahlt gebliebenen Kaufschillingsrest von 2050 fl. nach seinem Belieben eine Hypothek auf dem Kaufsobjekte eintragen lassen zu dürfen.

Erst nachdem L. das Haus wieder an B. verkauft hatte, und dieser bereits als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen war, erwirkte U. die Vormerkung seiner Forderung, welche sodann auf die Erklärung des B., daß er das Hypothekrecht derselben anerkenne, definitiv eingetragen wurde.

Später beklagte U. den B. auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekte, wozu die erste Instanz den Beklagten auch verurtheilte, nachdem dieser nur jedes Schuldverhältniß in Abrede gestellt, dabei aber unaufgeklärt gelassen hatte, wie er dazu gekommen, die Eintragung der Hypothek zu bewilligen.

Die zweite Instanz entband den Beklagten von der Klage und erkannte den Kläger bzw. Widerbeklagten als schuldig, die unberechtigterweise eingetragene Hypothek löschen zu lassen; der oberste Gerichtshof beließ es jedoch bei dem Erkenntnisse der ersten Instanz aus folgenden Gründen:

„Nach §. 4 und 13 des Hyp.-Gesetzes kann eine Hypothek von dem Besitzer einer unbeweglichen Sache auch für eine fremde Schuld zugestanden

Digitized by Google

werden. Eine solche Hypothekbestellung für die Schuld eines Anderen enthält eine kumulative Interzession — fr. 8 pr., fr. 32 ad Sen. Cons. Vell. (16, 1), die Uebernahme der Haftung für die fremde Schuld mit der verpfändeten Sache, und ist bezüglich ihrer Giltigkeit nach den Grundsätzen über Bürgschaften zu beurtheilen (Gönner, Komm. z. Hyp.-Ges. Bd. I S. 123, 218). Es bedarf daher zur Wirksamkeit derselben keineswegs einer besonderen Erklärung des Verpfänders, daß er die betreffende Forderung zur Zahlung übernehme. Die Einwendung, welche der Vorrichter gegen die vorliegende Klage daraus ableitet, daß vom Kläger nirgends behauptet wurde, daß der Beklagte die eingeklagte Forderung zur Bezahlung übernommen habe, erscheint daher nicht haltbar, da nur die aus der Hypothek entspringende dingliche Klage auf Befriedigung aus dem Hypoth.-Objekte gestellt ist.

Die Richtigkeit und Fälligkeit der klägerischen Forderung an sich ist von Seite des Beklagten selbst nicht bestritten. Es kann sich sonach nur noch darum fragen, ob die Erwerbung des dinglichen Rechtes der Hypothek, aus welchem geklagt ist, Seitens der Kläger in rechtsgiltiger Weise stattgefunden habe.

Diese Frage ist aber zu bejahen.

B. hat, nachdem die eingeklagte Kaufschillingsrestforderung des U. auf dessen Antrag vom Hyp.-Amte im Hyp.-Buche vorgemerkt, und ihm hievon unter Vorsetzung einer achttägigen Frist zur Abgabe etwaiger Erinnerungen dagegen bei Vermeidung der Umwandlung der Vormerkung in definitiven Eintrag Kenntniß gegeben worden war, am 9. Okt. 1865 bei dem Hyp.-Amte erklärt, daß er das Hypothekenrecht des U. bezüglich der vorgemerkten Forderung anerkenne und in die Umwandlung der Vormerkung in defini-

Digitized by Google

tiven Eintrag willige. Diese Erklärung wurde von dem bei dem Hyp.-Amte gleichzeitig mit anwesenden U. acceptirt und auf dem Grunde derselben die Umwandlung der Vormerkung in definitiven Eintrag von dem Hypothekenamte sofort vollzogen. — Eine Ungiltigkeit jener Willenserklärung aus dem Grunde eines Irrthumes oder eines sonstigen Mangels der Willensbestimmung ist von dem Beklagten selbst nicht geltend gemacht. Die auf dem Grunde derselben eingetragene Hypothek erscheint sonach, als eine auf dem erklärten Privatwillen des Beklagten beruhende und daher nach §. 13 des Hyp.-Ges. für ihn rechtswirksame.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß gemäß Art. 12 u. 14 des Notariats-Gesetzes zur rechtswirksamen Bestellung der Hypothek ein notariell beurkundeter Vertrag erforderlich gewesen wäre.

Zwar ist nicht richtig, was Kläger geltend zu machen suchte, daß nämlich diesem Erfordernisse im gegenwärtigen Falle dadurch genügt sei, daß in dem zwischen U. und L., dem Besitzvorgänger des jetzigen Beklagten, abgeschlossenen notariell beurkundeten Kaufvertrage vom 28. März 1865 ihm das Recht, den Eintrag seiner Kaufschillingsrestforderung im Hypothekenbuche auf dem verkauften Hause zu verlangen, vorbehalten worden sei; denn diese Pfandbestellung war für den Beklagten, der sich an jenem Vertrage nicht betheiligt hatte, in keiner Weise verbindlich.

Dem U. war durch jenen Vertrag noch nicht das dingliche Recht der Hypothek selbst, sondern nur erst ein persönlicher Anspruch auf Erlangung dieses dinglichen Rechtes erworben worden; er hatte dadurch einen Titel zur Erwerbung einer Hypothek

Digitized by Google

auf dem verkauften Hause nur dem mit ihm kontrahirenden Käufer L., nicht aber einem dritten Besitzer des verpfändeten Hauses gegenüber, erlangt, und es konnte daher gegen den Beklagten von dem Kläger aus dem gegen L. begründeten Rechte eine Hypothek nicht mehr verlangt werden, nachdem derselbe im Hypothekenbuche auf Grund des zwischen ihm und L. abgeschlossenen Kaufes bereits als Besitzer des Hauses im Hyp.-Buche eingetragen worden war (§. 26 Ziff. 3 des Hyp.-Gesetzes). Die vom Hyp.-Amte nach Antrag des U. auf dem Grunde des Kaufvertrages vom 28. März 1865 vorgenommene Vormerkung war daher unzweifelhaft gesetzlich nicht gerechtfertigt.

Allein dieser ursprüngliche Mangel eines Rechtstitels des U. zur Erwerbung einer Hypothek gegen den Beklagten erscheint durch die nachträgliche freiwillige Anerkennung eines solchen von Seite des Beklagten gehoben. Nach §. 16 des Hyp.-Gesetzes, welcher durch die angeführten Bestimmungen des Notar.-Gesetzes nicht aufgehoben erscheint, kann, wenn der Schuldner für eine an sich richtige Forderung die Eintragung der Hypothek, zu deren Vornahme er richtig geladen worden war, ruhig vor sich gehen ließ, die eingetragene Hypothek aus dem Grunde, daß für dieselbe kein Rechtstitel vorhanden gewesen sei, nicht mehr angefochten werden. Das Gesetz will im Interesse des Kredites der Hypotheken, daß dasjenige, was einmal mit Einwilligung des Schuldners als Hypothek wirklich eingetragen ist, gegen jede fernere Anfechtung wegen angeblichen Mangels eines Rechtstitels gesichert sei (Gönner, Komm. z. HG. Bd. 1 S. 227). Unter dem Schuldner ist hiebei, — wie dieß auch an anderen Stellen des Hyp.-Ges., z. B. §. 44, 45—48, 157 ꝛc. ꝛc. der Fall ist, — zweifelsohne der Besitzer der Sache

überhaupt zu verstehen, indem der Grund der gesetzlichen Bestimmung auf diesen paßt, er mag zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht. Was aber von demjenigen gilt, der, gehörig geladen, keine Erinnerungen erhoben hat und dessen stillschweigende Einwilligung daher präsumirt wird, muß um so mehr auch auf denjenigen Anwendung finden, der seine Einwilligung auf eine solche Ladung hin vor dem Hyp.-Amte ausdrücklich erklärte und so die Eintragung im Hyp.-Buche herbeiführte.

Ist nun aber demgemäß die Hypothek zu Gunsten der eingeklagten Forderung auf dem Hause des Beklagten als rechtswirksam eingetragen anzusehen, so stellt sich, nachdem, wie bemerkt, die Richtigkeit der Forderung an sich vom Beklagten nicht bestritten, auch weder die Einrede der Vorausklagung gegen den persönlichen Schuldner, noch überhaupt irgend eine andere Einwendung, als die der Unwirksamkeit der Hypothek wegen Mangels eines Forderungsrechtes und eines Hypothekentitels des Klägers gegenüber dem Beklagten, der gestellten Klage entgegengesetzt wurde, diese gemäß §. 49 Abs. 1, §. 51 u. 54 des Hyp.-Gesetzes als begründet dar und war folgeweise das erstrichterliche Erkenntniß wiederherzustellen."

OAGE. v. 27. Apr. 1868 Reg.-Nr. 159.

Rm.

Redakt: Dr. **Steppes**. Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 7. Nov. 1868. 33. Jahrgang. № 23.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Einige Worte über Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind. — Beseitigung eines Redaktionsverstoßes.

Einige Worte über Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind.

Wenn auch gegen den Inhalt und die Wahrheit öffentlicher Urkunden, sohin auch der Notariatsinstrumente, ein Gegenbeweis regelmäßig zugelassen wird, so ist doch so viel richtig, daß, wenn das Gesetz die Beurkundung zur Giltigkeit des Geschäftes vorschreibt, solche Punkte, welche die Kontrahenten zwar unter sich verabredet, jedoch bei der notariellen Verlautbarung unberührt gelassen haben, als aufgegeben zu betrachten, sohin zu einem Gegenbeweise nicht mehr dienlich sind; aber ein ganz anderes Verhältniß ist dann gegeben, wenn von den Kontrahenten deren übereinstimmender Wille zum Zwecke der Beurkundung dem Notare bestimmt und deutlich vorgetragen, von diesem aber unrichtig oder mangelhaft protokollirt worden ist.

Daß in solchem Falle die Betheiligten nicht ohne alle Rechtshilfe gelassen werden können, ist wohl schon an sich klar; auf welchem Wege aber

Digitized by Google

die Hilfe zu suchen sei und wie weit sie gehe, darüber herrscht zur Zeit noch keine völlige Uebereinstimmung.

Es ist hier nicht die Rede von den Ansprüchen gegen einen schuldhaften Notar, sondern von dem Rechtsverhältnisse der Kontrahenten unter sich, und hier wird nun häufig behauptet, daß, wenn die fehlerhaft beurkundeten Punkte als wichtig genug befunden werden, um bestimmend auf die Einwilligung zum Hauptgeschäfte einzuwirken, zwar die Nichtigkeit des letzteren angenommen, aber eine Klage oder Einrede zur Geltendmachung des dem Notare vorgetragenen wahren und vollständigen Willens nicht gestattet werden könne.

Ein Hauptgrund für diese Beschränkung soll darin liegen, daß, wenn das Gesetz nur den beurkundeten Willen als verbindlich anerkennt, das Geschäft, wenn überhaupt, jedenfalls nicht anders als in der beurkundeten Weise vollziehbar sein könne.

Vor dieser auf zu schroffer Konsequenz beruhenden Meinung wird doch die andere Meinung, welche das Geschäft nach seinem wahren Inhalte und Umfange zum Vollzuge kommen läßt, den Vorzug verdienen.

So lange die Notare die menschliche Natur bewahren und nicht unfehlbar geworden sind, so lange werden auch fehlerhafte Beurkundungen vorkommen, und es ist daher nur ein Postulat der Vernunft, daß man regelmäßig die Berichtigung des Fehlers unbeschadet des übrigen Inhaltes der Urkunde zulasse.

Diesem steht die vorgeschriebene Form nicht im Wege; denn man wird wohl unterscheiden dürfen zwischen einem gar nicht und einem fehlerhaft beurkundeten Geschäfte; im letzteren Falle ist doch immerhin eine Urkunde vorhanden und man kann daher die Sache nicht so behandeln, als ob die

Digitized by Google

Kontrahenten die vorgeschriebene Beurkundung völlig umgangen hätten.

Bei einem simulirten Geschäfte, bei welchem der wahre Wille der Kontrahenten dem Notare verheimlicht oder von diesem im Einverständnisse mit den Kontrahenten in entstellter Weise beurkundet worden ist, kann mit vollem Rechte nur eine Nichtigkeit angenommen werden; wenn aber die Kontrahenten ihren wahren Willen dem Notare vorgetragen, die Beurkundung dieses Willens verlangt und die nun zu Stande gekommene Urkunde im guten Glauben, daß diese ihre wahre Willensmeinung verlautbare, unterschrieben haben, so haben sie die vorgeschriebene Form nicht umgangen, sondern Alles gethan, was von ihrer Thätigkeit abhing, um das vorgetragene Geschäft verbindlich zu machen, und mehr wird von ihnen nach der Absicht des Gesetzes nicht zu verlangen sein.

Man sagt zwar (Komm. zum Not.-Ges. Art. 11 S. 418 u. Nachtrag S. 65), der durch den fehlerhaften Vertrag benachtheiligte Kontrahent hätte die Unterschrift verweigern sollen, und habe sich, wenn er dieses nicht gethan, den Schaden selbst zuzuschreiben; er hätte, wenn der Fehler in einer Weglassung bestand, die Aufnahme des weggelassenen Punktes noch besonders verlangen sollen, und habe sonach, wenn er dieses unterlassen, in die Begrenzung des Vertrages nach der ihm vom Notare gegebenen Fassung eingewilligt; allein ganz abgesehen davon, daß nach den bestehenden Prozeßgrundsätzen die leichtfertige Unterzeichnung einer Urkunde den Gegenbeweis nicht ausschließt, muß es schon überhaupt als eine zu starke Zumuthung erscheinen, daß der Notar, als der vom Staate berufene Sachverständige und als der von den Kontrahenten auserwählte Vertrauensmann, nun von diesen in allen Vertragstheilen kontrolirt werden müsse, wenn sie

Digitized by Google

nicht mit dem unwiderbringlichen Verluste ihres Rechtes bestraft werden sollen.

Uebrigens wird ein Notar, welcher den erklärten Willen mit Absicht entstellt, auch kein Bedenken tragen, die Urkunde so vorzulesen, als enthalte sie den wahren und vollständigen Willen der Kontrahenten; und hier wird ja doch von einem Verschulden derselben keine Rede sein können, während, wenn es sich um den Rechtsschutz gegen einen Betrug handelt, die eigene Nachlässigkeit des Betrogenen schon überhaupt außer Betracht zu bleiben hat. Savigny Syst. Bd. III S. 340. Seuffert Archiv Bd. XIII Nr. 86.

Es ist auch des Falles zu gedenken, daß ein Kontrahent den Fehler der Beurkundung entdeckt, hiezu aber, weil er ihm zum Vortheile gereicht, absichtlich schweigt und die unrichtig abgefaßte Urkunde unterzeichnet. In diesem Falle könnte man aber doch nicht sagen, daß nun ein übereinstimmender Wille der Kontrahenten nicht mehr vorhanden sei und deshalb nur eine Annullirung des beurkundeten, nicht aber der Vollzug des mündlich erklärten Geschäftes verlangt werden könne; denn jenes Verhalten des Kontrahenten wäre ein offenbarer Betrug, auf welchen sich der Betrüger zu seinem Vortheile niemals berufen kann. —

Die Beschränkung der Rechtshilfe auf die Nichtigkeit des Geschäftes verträgt sich auch nicht mit dem unabweisbaren Gebote des Rechtsbedürfnisses; denn abgesehen von jenen leichteren Fällen, in welchen die Abweichung der Urkunde von dem wahren Willen nicht als wichtig genug erachtet würde, um eine Nichtigkeit zu begründen, so daß also, wenn man nicht den Vollzug des wahren Geschäftes verlangen kann, jede Abhilfe versagt wäre, ist das Interesse der Kontrahenten gar häufig von der Art, daß sie lieber den durch den Fehler

Digitized by Google

entstandenen Nachtheil tragen, als die Nichtigkeit des Geschäftes herbeiführen wollen. Man denke z. B. an eine ausbedungene, aber aus Versehen nicht protokollirte Tauschaufgabe, wenn der Anwesenstausch bereits vollzogen ist, und die beiden Theile sich auf den eingetauschten Anwesen häuslich niedergelassen und eingerichtet haben.

Ein noch eklatanteres Beispiel bietet der in diesen Blättern Bd. XXXII S. 37 ff. mitgetheilte Rechtsfall. Es wäre nur eine Verhöhnung aller Gerechtigkeitspflege, wenn sich die Abhilfe auf die Nichtigkeit der Cession beschränken und wenn man es als Abhilfe bezeichnen wollte, daß der Cedent gegen Zurückgabe des Cessionspreises die cedirte und mittlerweile werthlos gewordene Forderung wiedererlange [1]).

[1]) In dem hier angezogenen Rechtsfalle handelte es sich durchaus nicht um einen Vertragsirrthum der Theile, sondern um einen urkundlichen Zusatz (Haftung pro nomine bono), welchen der Notar ganz eigenmächtig gemacht, und wodurch er den ihm erklärten Willen gefälscht haben soll. Ueberdies soll der Notar die fragliche Stelle so harmlos erklärt haben, daß der Cedent, ohne sich dem Vorwurfe einer Unaufmerksamkeit auszusetzen, die Urkunde unbedenklich unterzeichnen konnte.

Im Kommentars-Nachtrage S. 62 wird die Unterscheidung, welche in der der Mittheilung des Erkenntnisses beigefügten Nachschrift zwischen der Eingehung und der Beurkundung des Rechtsgeschäftes ꝛc. gemacht ist, als richtig anerkannt; es wird aber nicht beigefügt, welche rechtliche Folgen an diese Unterscheidung zu knüpfen gewesen wären. Dagegen wird zur Vertheidigung des gefällten Erkenntnisses gesagt, es lasse sich annehmen, daß dem Gerichte von vorne herein klar gewesen, der Cedent habe nur einen unglaublichen Vorwand gebraucht. Zugleich wird die Frage beigefügt, wie wohl der Cedent den in der Nachschrift vorgeschlagenen Beweis hätte liefern sollen?

Es ist doch gewiß eine unzulässige Voraussetzung,

Digitized by Google

Man kann auch nicht einwenden, die Zulassung des Beweises zum Zwecke des Vollzuges des wahren Geschäftes würde, der Absicht des Gesetzes widersprechend, das ganze Gewicht der Notariatsurkunden aufheben und der Prozeßsucht Thüren und Thore öffnen; denn, wenn einem Gegenbeweise zum Zwecke der Annullirung stattgegeben werden muß, so ist ein Prozeß nicht minder vorhanden, als wenn man ihn zur Geltendmachung des wahren Geschäftes zuläßt; und wenn auch richtig ist, daß, wie oben bemerkt, die Verfolgung der Nichtigkeit häufig deshalb unterbleiben wird, weil sie dem Interesse des Betheiligten nicht zusagt, so wird, was hiedurch in prozeßökonomischer Hinsicht gewonnen wird, reichlich wieder aufgewogen durch die Nachtheile, welche das materielle Recht erleidet.

Man hat auch schon eingewendet, die Zulassung des Gegenbeweises zur Geltendmachung des wahren Geschäftes wäre auf eine Erzwingung des nicht beurkundeten Willens gerichtet. Allerdings ist eine Klage auf Beurkundung und sohin auch auf Berichtigung einer unrichtigen oder Ergänzung einer mangel-

---

daß das Gericht den wahren Grund, von welchem es bei seiner Entscheidung geleitet war, verschwiegen und statt desselben seinem Erkenntnisse einen ganz anderen und zwar juristisch ganz unhaltbaren Grund nachgesetzt habe. Was aber den Beweis betrifft, dessen Schwierigkeit die Nichtzulassung desselben schon ohnedies nicht rechtfertigen könnte, so hatten in diesem Falle die Kontrahenten zufälligerweise Zeugen zur notariellen Beurkundung mitgebracht, und einer dieser Zeugen war, als die Akten dem obersten Gerichtshofe vorlagen, bereits zum ewigen Gedächtniß vernommen, und hatte laut des bei den Akten liegenden Vernehmungsprotokolles die Angabe des Cedenten eidlich und umständlich bestätigt.

Digitized by Google

haften Urkunde nicht zuzulassen[2]), und wenn daher im Komment.-Nachtrage S. 132 gesagt wird, die Erklärung, man müsse wollen, oder man sei verurtheilt zuzustimmen, enthalte eine contradictio in adjecto für jede Willenseinigung, ein widersinniges Blendwerk der freien Zustimmung, so kann dieses nur als richtig erkannt werden; wenn aber die Kontrahenten ihre übereinstimmende Willenserklärung dem Notare abgegeben und die Urkunde im guten Glauben, daß diese ihre Erklärung wiedergebe, unterschrieben haben, so lautet, wenn man die Klage oder Einrede zur Geltendmachung des wahren Willens zuläßt, die Formel nicht: „du mußt wollen, du mußt zustimmen" sondern: „du mußt anerkennen, bereits gewollt, bereits zugestimmt zu haben.

Es soll übrigens nicht geläugnet werden, daß

---

[2]) Der Verfasser bedauert, bezüglich der von ihm in diesen Blättern Bd. XXXII S. 53 Zeile 5 ff. aufgestellten Behauptung sich nicht sorgfältiger ausgedrückt zu haben und deshalb vom Kommentator des Not.-Ges. (Nachtrag S. 132) mißverstanden worden zu sein. Er wollte die Worte „nöthigenfalls Klage zu erheben" lediglich auf die zunächst stehenden Worte: „Erfüllung des betreffenden Vertragspunktes" und nicht zugleich auf die entfernter stehenden Worte „Ergänzung der Urkunde" bezogen und sohin nur gesagt haben, daß die Betheiligten berechtigt seien, auf Ergänzung der Urkunde zu dringen und, wenn diesem nicht freiwillig willfahrt würde, auf Erfüllung des Vertragspunktes zu klagen.

Daß der Verfasser nur dieses ausdrücken wollte, beweist seine Bezugnahme auf ein oberstrichterliches Erkenntniß, welches (es datirt vom 28. Dez. 1865) hier sogleich besprochen werden wird, und welches so wenig als die veranlassende Klage von Ergänzung einer Urkunde handelt.

Digitized by Google

es Fälle gibt, in welchen die Rechtshilfe auf die Vertragsannullirung beschränkt werden muß. Wenn z. B. der Notar bei Protokollirung des Verkaufes eines Gutskomplexes den Grundsteuerkatasterauszug verwechselt, und die Gutsbeschreibung aus einem fremden Auszuge in die Kaufsurkunde überträgt, so ist dieses Versehen des Notares, zugleich aber auch die Unaufmerksamkeit der Theile so groß, daß man diesen Fall mit Recht so behandeln kann, als ob gar keine Urkunde errichtet worden wäre. Wenn aber, um ein sehr einfaches Beispiel zu setzen, A. dem B. eine Servitut bestellt, und letzterer dagegen verspricht, ersterem eine Anzahl württembergischer Eimer einer bestimmten Weinsorte zu entrichten, wenn die Kontrahenten dieses dem Notare erklären, dieser aber das Wort „württembergische" aus Versehen wegläßt, und B. nun statt württembergischer nur bayerische Eimer liefern will, so ist wahrhaftig kein Grund abzusehen, hier, wo es sich nicht um bloße Interpretation (vergleiche Komm. S. 421 lit. i) handelt, den Beweis, daß württembergische Eimer verabredet seien, ganz auszuschließen oder auf den Zweck der Vertragsannullirung zu beschränken.

Betrachten wir nun die bisherige Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in dieser Frage, so ist zwar durch dieselbe die hier vertheidigte Ansicht nicht völlig verläugnet, sie hat sich aber auch nur einer sehr vereinzelten Anerkennung zu erfreuen.

Durch das in Bd. XXIX S. 282 mitgetheilte Erkenntniß vom 4. Juni 1864 wurde dem Beklagten jede Rechtshilfe versagt und derselbe mußte für die Schupfe, welche nach dem dem Notare erklärten Willen vom Verkaufe ausgenommen war, Entschädigung leisten, als ob er sie verkauft hätte. — Dieses Erkenntniß ist wohl nur hervorgegangen aus übergroßem Eifer, den Notariatsurkunden (vergl.

Digitized by Google

Kommentar S. 417) eine unbedingte und unübersteigliche Glaubwürdigkeit zu verschaffen und sie gleichsam auf die Stufe rechtskräftiger Erkenntnisse zu stellen, und es war daher wohl zu erwarten, daß, nachdem schon die S. 284 beigefügte Nachschrift, welcher der Verfasser des Kommentares nicht ferne zu stehen scheint, sehr erhebliche und fast einer Widerlegung gleichende Bedenken gegen dieses Erkenntniß aufgestellt hatte, der oberste Gerichtshof bei den demselben zu Grunde gelegten Ansichten nicht beharren werde; und so ist denn auch am 28. Dezember 1865 (Reg.-Nr. $37^{65}/_{66}$) in völlig entgegengesetzter Weise erkannt worden.

Der Fall ist folgender:

A. hatte an B. ein Anwesen verkauft, dessen Beschreibung, da der Grundsteuerkataster bei der notariellen Beurkundung nicht zur Hand war, aus der Erwerbsurkunde des Verkäufers entnommen wurde. Später klagte B. den A., weil ihm dieser vier Grundstücke, welche in der Kaufsurkunde als mitverkauft bezeichnet waren, nicht extradirt habe, auf deren Extradition oder auf eine Vergütung von 1040 fl.

Beklagter erwiderte, er habe diese Grundstücke nicht verkauft und habe in Gegenwart und in Uebereinstimmung mit dem Kläger dem Notare die ausdrückliche Erklärung gegeben, daß diese vier Grundstücke aus seiner, des Beklagten, Erwerbsurkunde nicht in den neuen Kaufbrief übergetragen werden dürfen, weil er sie gar nicht mehr besitze, sondern schon während seiner Besitzzeit veräußert habe. Nichtsdestoweniger seien diese Grundstücke aus Unachtsamkeit des Notares als Kaufsobjekte vorgetragen worden. Der oberste Gerichtshof nahm an, daß diese Einrede den Beklagten von dem erhobenen Anspruche befreie und legte demselben die behauptete und vom Kläger widersprochene Erklärung zum Beweise auf.

Digitized by Google

Hat der Notar, so lauten im Wesentlichen die Gründe, trotz des entgegenstehenden Willens der Kontrahenten die fraglichen Grundstücke in den Anwesensbeschrieb aufgenommen, so beruht dieses auf einem offenbaren Versehen desselben, welches seinem ausschließlichen Verschulden zur Last fällt, und woran die Kontrahenten keinen Theil haben.

Da nun jeder Vertrag zu seiner Kraft und Giltigkeit voraussetzt, daß er auf der beiderseitigen Uebereinstimmung der Paziszenten beruhe, so kann dieser gegen den bestimmt ausgesprochenen Willen derselben beurkundeten und nur durch fehlerhafte Geschäftsbehandlung entstandenen Vertragsbestimmung über die fremden Grundstücke keine rechtliche Existenz zugesprochen werden, und der Käufer wäre nicht nur in vollem Unrechte, sondern würde sich geradezu dem Vorwurfe der Unredlichkeit aussetzen, wenn er aus dem unrichtigen Vortrage der Notariatsurkunde Nutzen ziehen und das unterlaufene Versehen zu seinem Vortheile ausbeuten wollte.

Der civilrechtliche Grundsatz, daß ohne Vertragswillen kein Vertrag bestehe, hat durch die im Art. 14 des Not.-Ges. vorgeschriebene Vertragsform keine Aenderung erlitten, weil daraus, daß bei Immobiliarverträgen die Errichtung einer Notariatsurkunde bei Strafe der Nichtigkeit geboten ist, mehr nicht folgt, als daß die in die Urkunde nicht aufgenommenen Nebenberedungen auf Giltigkeit keinen Anspruch haben, während hier ein in die Notariatsurkunde übergegangener, mithin formell giltiger, Vertragspunkt in Frage steht, welcher wegen gänzlichen Abganges eines ihn stützenden Vertragswillens als gar nicht zu Recht bestehend hinweggedacht werden soll, damit der übrige alle Hauptmomente eines Kaufvertrages umfassende Inhalt der Notariatsurkunde auf denjenigen Zustand zurückgeführt werde,

Digitized by Google

in welchem er erst der wirklichen und wahren Willensmeinung der Betheiligten entspricht.

Ein Unterschied zwischen dem in Bd. XXIX S. 282 mitgetheilten und dem so eben vorgetragenen Rechtsfalle besteht wohl darin, daß in diesem der Notar nicht verkaufte Grundstücke als verkauft vorgetragen, sohin einen nicht erklärten Willenspunkt hinzugesetzt, in jenem Falle aber einen wirklich erklärten Willenspunkt, nämlich den vorbehaltenen Abbruch der Schupfe, hinweggelassen hat; es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß die Rechtshilfe in beiden Fällen eine gleiche sein müsse; denn eine Aenderung des erklärten Willens entsteht ebensowohl durch eine Weglassung als durch einen Zusatz, und jede Aenderung, sie mag nun absichtlich oder unabsichtlich vorgenommen sein, fällt unter den Gesichtspunkt einer Verfälschung, gegen welche der Gegenbeweis niemals ausgeschlossen werden darf (vergl. Oesterley, das deutsche Notariat Bd. II §. 88, S. 716 ff.).

Man kann im Falle einer Weglassung nicht behaupten, daß es sich blos um eine Nebenabrede handle; denn unter solcher kann man nur begreifen, was die Kontrahenten vor oder auch bei der Beurkundung unter sich besonders abmachen, nicht aber dasjenige, was sie als Bestandtheil ihres Gesammtwillens dem Notare zum Zwecke der Beurkundung ausdrücklich vortragen.

Der Verfasser ist zwar nicht im Stande, ein oberstrichterliches Erkenntniß vorzuführen, durch welches der Beweis eines dem Notar erklärten und in der Urkunde weggebliebenen Vertragspunktes zu dessen Geltendmachung gestattet worden wäre; allein es ist doch in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 30. März 1864 (Bl. f. RA.

Digitized by Google

Bd. XXIX, S. 189), welches allerdings einen Fall betrifft, dessen thatsächliche Verhältnisse nicht ganz auf die hier erörterte Frage passen, die hier vertheidigte Ansicht gleichfalls aufgestellt, indem es daselbst heißt:

„Wenn die beigefügte Spezialisirung der Bestandtheile jene drei Grundstücke nicht entnehmen läßt, so leidet dieselbe eben an Unvollständigkeit, die, wenn sie auf einem bloßen Versehen beruht, dem Beklagten nicht zum Vortheile gereichen und ihn von der Verbindlichkeit, den Vertrag vollständig zu erfüllen, nicht befreien kann."

Der oberste Gerichtshof hat jedoch die hier und zum Erk. v. 28. Dez. 1865 aufgestellten Grundsätze alsbald wieder verlassen und ist in den Erkenntnissen vom 6. und 13. Nov. 1866 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 74 u. 37) zur früheren, jede Rechtshilfe versagenden Meinung zurückgekehrt [3]).

[3]) Ueber das Erkenntniß vom 13. Nov. 1866 ist bereits oben in Note 2 gesprochen. Das Erkenntniß vom 6. Nov. 1866 handelt gleichfalls von keinem Vertragsirrthume der Kontrahenten, sondern von einer, durch ein Versehen des Notars weggebliebenen besonderen Zusicherung. Im Komm.-Nachtrage S. 65 wird die getroffene Entscheidung als vollkommen gerecht erklärt und dieses insbesondere darauf gegründet, daß der Kläger, nachdem die Zusicherung in die Urkunde nicht aufgenommen war, die Aufnahme noch besonders hätte verlangen müssen.

Hienach wäre also auch einer Vertrags-Annullirung, wenn sie Kläger beantragt hätte, nicht stattzugeben gewesen.

In dem in Bd. XXXII S. 33 mitgetheilten und S. 49 besprochenem Rechtsfalle hätte dagegen der Kommentator (Nachtrag S. 133) wenigstens einer Entkräftung des Versteigerungs-Aktes (jedoch nicht einer Aufrechthaltung des wahren Versteigerungs-Vorganges) stattgegeben, wie dieses eventuell auch in Bd. XXXII S. 54 angenommen worden ist.

Digitized by Google

Durch solche Entscheidungen muß man, indem man hiedurch den Art. 14 auf die äußerste Spitze treibt, nothwendig nach anderer Seite anstoßen. Es ist nämlich bisher noch nicht beanstandet worden, daß die Einrede des Irrthumes oder des Betruges durch Art. 14 nicht ausgeschlossen werde. Insoferne nun der erklärte und beurkundete Wille durch Irrthum oder Betrug erzeugt worden ist, bietet die Sache nicht die geringste Schwierigkeit; denn nun handelt es sich um einen indirekten Gegenbeweis, sohin um den Beweis einer Thatsache, welche außerhalb der Beurkundung liegt und durch welche die Wahrheit der Urkunde durchaus nicht angegriffen wird. Wurde aber das Versehen oder der Betrug bei der Beurkundung und gerade durch dieselbe begangen (wurde z. B. bei einer Cession die nicht erklärte Haftung pro nomine bono beigefügt, oder die wirklich erklärte Haftung weggelassen) so läuft die Sache immer nur auf einen direkten Gegenbeweis hinaus, indem nun, weil der von den Kontrahenten erklärte und der vom Notare beurkundete Wille nicht übereinstimmen, der Angriff nothwendig gegen die Wahrheit der Urkunde gerichtet werden muß.

Im Kommentare S. 415 lit. c wird nun gelehrt, daß, wenn eine ursprüngliche Fälschung behauptet wird, der Gegenbeweis unbedenklich zuzulassen sei und durch jede Art von Beweismitteln geliefert werden könne; und im Komm.-Nachtrage S. 60 wird (mit Beziehung auf den in diesen Blättern Bd. XXIX S. 183 mitgetheilten Rechtsfall) bemerkt, daß, wenn einzelne zum verkauften Komplexe gehörige Grundstücke aus Versehen oder mittelst eines unlauteren Kunstgriffes aus der Urkunde weggeblieben sind, im ersteren Falle ein Irrthum, im letzteren aber ein Betrug vorliege, welche zur Berichtig-

ung der Not.-Urkunde durch alle Beweismittel dargethan werden können [4]).

Mehr als dieses will auch durch gegenwärtige Erörterung nicht behauptet werden; wer aber diese Behauptung theilt, kann nicht zugleich annehmen, daß der benachtheiligte Kontrahent durch Unterzeichnung der Urkunde in die ihr vom Notare gegebene Fassung einwillige und sich daher den erlittenen Schaden selbst zuschreiben müsse.

Was hier von den dem Art. 14 des Not.-Ges. unterliegenden Verträgen gesagt wurde, gilt nicht minder auch von solchen Verträgen, deren Giltigkeit nach einer anderen Gesetzvorschrift, wie z. B. die Ehe- oder Erbverträge nach bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 29 Nr. 3 u. Th. III Kap. XI §. 1 Nr. 10, oder auch nach besonderer Uebereinkunft von notarieller, oder nach solcher Uebereinkunft auch nur von außergerichtlicher Beurkundung abhängt.

Schließlich noch die kurze Behandlung einer ebenfalls hieher gehörigen Frage, welche vom Verfasser bisher als eine unbestrittene erachtet, nun aber durch das oben S. 310 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß in Streit gezogen und wider Erwarten unter den Einfluß des Art. 14 gestellt worden ist.

Dort ist nämlich gesagt, daß, wenn in der über einen Gutskauf errichteten Notariatsurkunde eine auf dem Gute lastende Dispositionsbeschränkung nicht aufgeführt und bezüglich der Uebernahme

---

[4]) Im Komm.-Nachtrage S. 129 ist als Beispielsfall angeführt, daß bei einem Gutstausche die von den Kontrahenten paktirte und dem Notare auch erklärte Geldaufgabe von diesem in die Urkunde aufzunehmen vergessen wurde. Hierüber wird nun gesagt, der Vertrag sei wegen Irrthumes ungiltig, aber auch der wahre Vertrag bestehe nicht zu Recht, weil er nicht beurkundet sei.

Digitized by Google

derselben nicht eine ausdrückliche Vertragsbestimmung enthalten sei, angenommen werden müsse, die Absicht der Kontrahenten sei dahin gegangen, freies Eigenthum zu übertragen und zu erwerben.

Es wurde deshalb als unerheblich erklärt, ob der Käufer von der Gutslast Kenntniß gehabt habe oder nicht, sofort die Verkäuferin zum Beweise der behaupteten Kundgabe nicht zugelassen.

Man wird in dieser Frage wohl den umgekehrten Weg wandeln und wird sagen müssen, daß, weil dingliche Lasten eines Gutes zu den Eigenschaften desselben gehören und als solche von selbst, und ohne daß es hiezu eines besonderen Vertragspunktes bedürfte, auf jeden Erwerber übergehen, nicht die Uebernahme der Last, sondern die Befreiung von derselben ausdrücklich bedungen und beurkundet sein müßte.

Allerdings haftet der Verkäufer wegen einer ungewöhnlichen Gutslast, von welcher der Käufer weder durch ihn noch auf anderem Wege Kenntniß erhalten hat; zur Beseitigung dieser Haftung genügt aber die einfache Kundgabe der bestehenden Last, und wer behauptet, daß diese Kundgabe giltigerweise nur durch deren Aufnahme in die Not.-Urkunde geschehen könne, behandelt dieselbe mit vollem Unrechte als einen Vertragspunkt, als welcher sie freilich nicht aus der Urkunde wegbleiben dürfte.

Wenn daher eine Gutslast durch Versehen des Notars nicht in die Urkunde aufgenommen wurde, so bedarf es, weil sie dennoch auf den neuen Erwerber übergeht, keiner Berichtigung der Urkunde, deren einziger Mangel nur darin besteht, daß durch sie die dem neuen Erwerber geschehene Kundgabe der Last nicht bewiesen werden kann.

Rm.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Beseitigung eines Redaktionsverstoßes.

Einem „Leuterationsgesuche", in welchem um Berichtigung eines Redaktionsverstoßes gebeten war, welcher sich in eine Beweisauflage eingeschlichen hatte, entsprach der oberste Gerichtshof aus nachstehenden Gründen:

„Der gerügte Irrthum ist allerdings schon im appellationsgerichtlichen Erkenntnisse enthalten und war nicht Gegenstand einer besonderen Berufungsbeschwerde; allein dennoch erleidet es nicht den mindesten Zweifel, daß derselbe berichtigt werden darf und berichtigt werden muß.

Es ist hier nicht eine Aenderung des ergangenen Erkenntnisses in Frage, sondern es handelt sich blos um ein unzweifelhaftes Redaktions-Versehen, welches als solches sowohl aus den Gründen der Erkenntnisse zweiter und dritter Instanz, als aus dem sonstigen Inhalte des Tenors klar erkennbar ist."

OAGErk. v. 20. März 1868 RNr. $1517^{66}|_{67}$.

77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 21. Nov. 1868. 33. Jahrgang. № 24.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes. — Die Entscheidung darüber, ob und inwieweit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen, bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem, um die Vornahme der Exekution requirirten Stadt- oder Landgerichte zu. — Die in die aktive Armee eingereihten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze vom 30. Januar 1868 wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. — Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobiliarkaufe. Art. 14 des Not.-Ges.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes.

Der Seifen- und Kerzenfabrikant Karl R. zu München klagte bei dem Handelsgerichte München l/J. für an eine Dampfwaschaktien-Gesellschaft in München käuflich abgelieferte Kerzen und Seife den Betrag von 310 fl. 25 kr. gegen diese Gesellschaft ein. Der Vertreter der beklagten Gesellschaft bestritt die Zuständigkeit des Handelsgerichtes, weil die Aktiengesellschaft als solche noch keine Handelsgesellschaft und das Reinigen der Wäsche durch dieselbe noch kein Handelsgeschäft sei. Das k. Handelsgericht lehnte auch seine Zuständigkeit dieser Begründung entsprechend ab.

Digitized by Google

R. klagte hierauf dieselbe Forderung bei dem
rksgerichte München l. d. Isar ein. Die be-
e Gesellschaft, von einem anderen Anwalte ver-
n, behauptete nun, daß das Handelsgericht zu-
ig sei, und verweigerte demnach auch vor die-
Gerichte die Streiteinlassung. Das Bezirks-
ht München l/J. wies die Klage gleichfalls we-
Unzuständigkeit zurück, weil nach Art. 272 Ziff. 1
Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung
glicher Sachen für andere ein Handelsgeschäft
, soferne der Gewerbsbetrieb des Unternehmens,
hier, über den Umfang des Handwerkes hin-
ehe.

Der klägerische Vertreter regte hierauf den hie-
bestehenden Kompetenzkonflikt an, welcher von
obersten Gerichtshofe nach gepflogener Instruk-
dahin entschieden wurde,

„daß in vorwürfiger Sache das k. Handels-
gericht München links der Isar zuständig sei."

Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Nach Art. 271 Ziff. 1 des a. d. HG. ist der
f oder die anderweite Anschaffung von Waaren
anderen beweglichen Sachen ein Handelsgeschäft,
n er zum Zwecke der Weiterveräußerung erfolgt,
behält diese Eigenschaft, wenn auch die Waaren
: in Natur wieder veräußert werden, sondern
nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung.

Erfolgt aber die Bearbeitung oder Verarbeitung
glicher Sachen nicht nach vorgängiger Anschaf-
derselben, sondern wird solche nur für andere
deren Veranlassung gewerbemäßig vorgenommen,
ällt dieses Verfahren blos in das Geschäft eines
öhnlichen Handwerkers gegen Lohnvergütung,
nur wenn dasselbe so großartig betrieben wird,
es über den Umfang des Handwerkes hinaus-
, reiht das Gesetz im Art. 272 Ziffer 1 diese
chäftigung gleichfalls den Handelsgeschäften an.

Digitized by Google

Dabei ist es gleichgiltig, welche äußere Veränderung die Arbeit an der zur Bearbeitung übernommenen beweglichen Sache hervorbringt, und genügt es, wenn diese Sache nur durch die hieran verrichtete Arbeit in einen für den Uebergeber gewünschten anderweiten Zustand gebracht wird. Wenn bei der Uebergabe irgend eine Umgestaltung der Sache beabsichtigt wird, so steht hienach die hiemit nothwendig werdende Verarbeitung derselben mit der bloßen Bearbeitung einer solchen gesetzlich auf ganz gleicher Stufe.

Die beklagte Gesellschaft unterhält zu München eine Dampfwaschanstalt, sohin eine Einrichtung, die zwar gewerbemäßig betrieben wird, aber jedenfalls über den Umfang eines einfachen Wäscher-Handwerkes hinausreicht, da sie einen so umfassenden Betrieb zur Herbeiführung eines ausreichend nachhaltigen Ertrages für eine ganze Gesellschaft voraussetzt, daß mit dem unter Beihilfe von Dampfmaschinen in sehr großem Umfange auszurichtenden Waschgeschäfte auch eine ganz merkantile Beschäftigungsweise verbunden werden muß.

Indem aber das Gesetz Geschäfte dieser Art als einen Gegenstand von Handelsgeschäften charakterisirt, stellt es auch im Art. 5 für die solche Beschäftigung ausübenden Aktiengesellschaften ganz dieselben Bestimmungen wie für die Kaufleute auf, setzt sie also diesen gleich.

Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, somit auch einer Aktiengesellschaft, deren Unternehmen in Handelsgeschäften besteht, sind, wenn sie zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehören, gemäß Art. 273 Abs. 1 und 2 gleichfalls als Handelsgeschäfte anzusehen, insbesondere die Anschaffung von Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Gewerbebetriebe unmittelbar benützt oder verbraucht werden sollen, wie dieß bei der Anschaffung von

Digitized by Google

Seife und Kerzen von Seite der Dampfwaschanstalt zu München vorliegend der Fall ist.

Es ist demnach hier ein Handelsgeschäft auf Seite der beklagten Gesellschaft, welcher überdieß die Eigenschaft eines Kaufmannes zukommt, gegeben, somit auch unzweifelhaft eine Handelssache, welche nach Art. 62 und Art. 63 Ziff. 1 des Einf.-Ges. der Zuständigkeit der Handelsgerichte zugewiesen ist.

Erk. d. OGH. v. 31. Oktober 1868, UB. Nr. 89.

2.

Die Entscheidung darüber: ob und inwieweit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem um die Vornahme der Exekution requirirten Stadt- oder Landgerichte zu.

Albert R. hatte im Jahre 1866 gegen den Mechaniker Andreas J. bei dem k. Handelsgerichte Nürnberg eine Wechselforderung zu 75 fl. sammt Zinsen und Kosten eingeklagt. Nach Liquidstellung der Forderung und fruchtlos versuchter Mobiliarexekution zeigte Kläger an, daß Andreas J. mit seinen sechs Geschwistern ein Haus Nr. 961 zu Nürnberg im gemeinschaftlichen Eigenthume besitze, und benannte den Antheil des Andreas J. als Exekutionsobjekt mit der Bitte, den Verkauf dieses Hauses zu verfügen und aus dem Erlöse den siebenten Theil zu seiner Befriedigung abzusondern.

Diesem Antrage entsprechend unterstellte auch das Handelsgericht Nürnberg am 17. April 1866 das bezeichnete Anwesen der Zwangsversteigerung, requirirte zum Vollzuge dieses Beschlusses das Stadtgericht Nürnberg und setzte die Geschwister des Beklagten zur Wahrung ihrer Rechte hievon in Kenntniß.

Digitized by Google

Das Stadtgericht Nürnberg eröffnete am 26. April 1866 dem Handelsgerichte daselbst, daß nach Inhalt des Hypothekenbuches das betreffende Anwesen noch auf die Wittwe Margaretha J., die Mutter des Beklagten, allein eingetragen sei, daher weiterer Requisition entgegengesehen werde.

Am 29. Mai erneuerte das Handelsgericht seine Requisition vom 17. April mit dem Bemerken, daß Andreas J. und dessen sechs Geschwister nach Ausweis der adhibirten Akten des Stadtgerichtes Nürnberg, die Verlassenschaft der Wittwe Margaretha J. betr., die Erben der Letzteren geworden seien.

Das Stadtgericht veranlaßte hierauf mit Verfügung vom 3. Juni 1866 das Hypothekenamt, auf das fragliche Anwesen Belastungs- und Veräußerungsverbot einzutragen, was auch geschehen ist, und übertrug dem Notare v. K. die Vornahme der Zwangsversteigerung.

Dieser wies in einer an das Stadtgericht gerichteten Eingabe darauf hin, daß inhaltlich des Hypothekenbuchsauszuges Andreas J. gar kein Miteigenthumsrecht an dem fraglichen Anwesen, sondern nur das Einstandsrecht und den Ueberlosungsanspruch auf $^1/_{10}$ über die Taxe dieser Realität zu 9500 fl. sowie zwei Hypothekforderungen darauf habe, und erbat sich wiederholten Auftrag, ob er gleichwohl diese Realität zum Verkaufe bringen solle, wobei er zugleich bemerkte, daß es nach dem Schreiben des Handelsgerichtes vom 17. April 1866 überdieß auch fraglich sein könnte, ob nur der $^1/_7$ Antheil des Beklagten oder ob nach dem Wortlaute des Schreibens das ganze Haus zu versteigern sei.

Das Stadtgericht gab dem Handelsgerichte von den von dem Notare angeregten Bedenken Nachricht, dieses beschränkte sich aber darauf, den klägerischen Vertreter hievon in Kenntniß zu setzen.

Letzterer führte sodann in einer an das Stadt-

Digitized by Google

gericht gerichteten Eingabe aus, daß die Bedenken des Notars nicht erheblich seien, da die Geschwister J. die Erben ihrer Mutter geworden seien und der Auftrag des Handelsgerichtes als durchaus klar sich darstelle.

Das Stadtgericht eröffnete aber dem klägerischen Vertreter, daß er sich zur Verbescheidung der von dem Notare angeregten Bedenken an das Handelsgericht wenden solle, da von diesem die Exekution verfügt und das Exekutionsobjekt bezeichnet sei.

Daraufhin stellte der klägerische Vertreter an das Handelsgericht den Antrag, das Stadtgericht, eventuell den Notar, zur Fortführung des Subhastationsverfahrens zu veranlassen; allein das Handelsgericht wies diesen Antrag ab, weil die Stadt- und Landgerichte die Vollstreckung handelsgerichtlicher Urtheile an Immobilien in eigener Zuständigkeit zu beschäftigen haben, und inhärirte auf hiegegen erhobene Remonstration mit Dekret vom 6. März 1867 seinem früheren Beschlusse.

Der klägerische Vertreter wendete sich alsdann mit dem Antrage auf Fortführung der Exekution an das Stadtgericht; allein dieses Gericht wies diesen Antrag gleichfalls wegen Unzuständigkeit zurück.

Nun regte der klägerische Vertreter den hienach zwischen dem k. Handelsgerichte Nürnberg und dem k. Stadtgerichte daselbst bestehenden verneinden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zum weiteren Verfahren in der Sache das k. Stadtgericht Nürnberg zuständig sei."

Dieser Ausspruch ist in nachstehender Weise begründet:

Nach Art. 56 des Einführungsgesetzes zum allg. d. Handelsgesetzbuche bestehen für die Behandlung und Entscheidung der Handelssachen besondere Handels-

Digitized by Google

gerichte, deren Zuständigkeit sich gemäß Art. 67 auch auf alle Wechselsachen erstreckt. Diesen Gerichten steht aber nicht bloß die Entscheidung in Handels- und Wechselsachen, sondern auch der Vollzug derselben zu, und ist in letzterer Beziehung nur der Fall ausgenommen, wenn es sich um Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse an unbeweglichen Sachen handelt, indem, wenn diese Exekutionsart feststeht, der Vollzug auf Requisition des Handelsgerichtes durch das Stadt- oder Landgericht zu erfolgen hat, in dessen Bezirk die Sache liegt; vgl. Art. 75 dieses Gesetzes. Hieraus ergibt sich, daß die Thätigkeit des Handelsgerichtes unter allen Umständen mit der Rechtskraft seines Enderkenntnisses noch keineswegs abschließt, vielmehr das Anrufen auf Vollzug desselben immer bei dem Handelsgerichte erfolgen muß.

Dabei hat das Handelsgericht allein zu entscheiden nicht bloß über die Art der Exekution, wenn hierüber Differenzen entstehen, sondern auch über alle jene Beanstandungen, welche die Eigenschaft eines Objektes als Exekutionsgegenstand mit Rücksicht auf die Dispositionsbefugniß hierüber von Seite des zu Exequirenden oder sonst zweifelhaft machen, und kann dasselbe erst dann, wenn alle Bedenken geschlichtet sind, bei beweglichen Sachen und anderen diesen gleichstehenden Exekutionsgegenständen zum Vollzuge selbst schreiten, oder rücksichtlich der unbeweglichen Sachen diesen Vollzug bei dem Stadt- oder Landgerichte des Bezirkes, in dem sie liegen, mittelst Requisition anordnen. Nach diesem die Exekution selbst einleitenden Verfahren beginnt dann im letzteren Falle die Zuständigkeit des requirirten Gerichtes zur Vollstreckung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses an dem unzweifelhaft als Exekutionsgegenstand festgestellten Objekte, und ist von diesem Momente an durch das requirirte Gericht das ganze

hiebei erforderliche Verfahren durchzuführen, hienach also auch jede hiebei sich ergebende Differenz selbständig zu bescheiden, und so die Sache bis zur Befriedigung des Gläubigers auseinander zu setzen, wobei für Beschwerden selbstverständlich der gewöhnliche Instanzenzug von dem betreffenden Stadt- oder Landgerichte aus vorbehalten bleibt.

An dieser Ausscheidung des Verfahrens im Exekutionsstadium ändert sich auch dann nichts, wenn bei dem die Exekution einleitenden, wie oben gezeigt, immer in die Zuständigkeit des Handelsgerichtes fallenden Verfahren eine Beanstandung rücksichtlich der Tauglichkeit eines Objektes als Exekutionsgegenstand noch nicht hervorgetreten ist, sondern solche sich erst bei dem wirklichen Vollzuge zeigt; denn das Recht zum exekutiven Angriffe einer Sache setzt immer nothwendig voraus, daß dieselbe der rechtlichen Gewalt des zu Exequirenden unterworfen ist, und ist daher das Bekanntwerden des Gegentheiles in jedem Momente geeignet, das exekutive Vorgehen selbst wider eine solche Sache zu hemmen, womit auch die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zur Entscheidung hierüber wieder eintreten muß.

Im vorliegenden Falle hat nun das Handelsgericht, welchem der obigen Ausführung zufolge allerdings die Frage, inwieweit das bezeichnete Objekt nach Maßgabe der Stattgebung des klägerischen Antrages Gegenstand der Exekution werden soll, zur Bescheidung ausschließend zufällt, in seinen Beschlüssen vom 17. April und 5. Juni 1866 bezüglich des Zweifels, ob nur das Eigenthumsviertheil des Beklagten, oder das ganze Haus der Subhastation zu unterwerfen sei, ausdrücklich den Parteien eröffnet, daß im Wege der Hilfsvollstreckung das fragliche Anwesen der Subhastation unterstellt werde, mit Einschaltung der Bemerkung, daß dem Beklag-

Digitized by Google

ten an diesem Anwesen ein Antheil zu $^1/_7$ zusteht, und hievon den Miteigenthümern des Anwesens zur Wahrung ihrer Rechte Nachricht gegeben, so daß gegen die klare Bedeutung dieser Beschlüsse in der That kein ernstliches Bedenken aufkommen kann und hiemit dieser Punkt, der von keinem der Interessenten selbst angegriffen worden ist, als genügend entschieden sich darstellt.

Bezüglich der Frage aber, ob dem Beklagten Miteigenthum oder nur sonstige Rechte an dem Anwesen zustehen, hat das Stadtgericht selbst schon dem Ansinnen des Handelsgerichtes das Bedenken entgegengestellt, daß erwähntes Anwesen noch auf die Wittwe J. allein laute, dasselbe jedoch nach der Mittheilung des Handelsgerichtes aus den betreffenden Verlassenschaftsakten, daß die Kinder der Wittwe J. die Erben ihrer Mutter geworden sind, als materiell gehoben erachtet und hienach auch schon Verfügungen an das Hypothekenamt erlassen, formell aber die Sache in Bezug auf das Hypothekenbuch nicht geordnet und frägt es sich nun um Herbeiführung dieser Ordnung.

Nach §. 139 des Hypothekengesetzes hat, wenn in Folge eines gerichtlichen Vertrages eine Besitzveränderung bei einer unbeweglichen Sache sich ergibt, und dem Gerichte, das den Vertrag aufgenommen, zugleich der Eintrag der Besitzveränderung im Hypothekenbuche zukommt, dieses Gericht von Amtswegen den Eintrag im Hypothekenbuche vorzunehmen oder zu veranlassen. Ist daher der Grund einer Besitzveränderung auf eine Erbschaft gestützt, und hatte das Gericht, das den Eintrag der Besitzveränderung in das Hypothekenbuch zu besorgen hat, auch die Verlassenschaftsauseinandersetzung zu pflegen, so liegt für dieses Gericht dasselbe gesetzliche Motiv vor, auf den hienach errichteten Theilungsbrief oder auf ein Zeugniß des Ueber-

Digitized by Google

gangs des betreffenden Objektes an bestimmte Erben von Amtswegen diesen Eintrag bei dem Hypothekenamte zu veranlassen, wie auch Gönner in seinem Kommentare zu §. 141 des Hypothekengesetzes S. 246 Ziff. 2 Buchstabe e darlegt.

Die Verlassenschaft der Wittwe J. wurde in den Jahren 1860 und 61 von dem k. Bezirksgerichte Nürnberg als Einzelnrichteramt, an dessen Stelle nun das Stadtgericht Nürnberg getreten ist, geführt. Das Stadtgericht war daher, nachdem demselben zugleich auch der Eintrag der Besitzveränderung im Hypothekenbuche zukommt, und dasselbe von dem Handelsgerichte auf diese Verlassenschaftsakten hingewiesen worden war, von selbst veranlaßt, für Einschreibung dieser Besitzveränderung im Hypothekenbuche und für die hienach sich ergebende Berichtigung der von dem Notar von K. beanstandeten Stellen der zweiten Rubrik desselben Vorsorge zu treffen, was überhaupt schon vor Eintrag des Veräußerungs- und Belastungsverbotes, das in keinem Falle auf die Wittwe J. Bezug haben konnte, hätte bethätigt werden sollen.

Dieser Standpunkt besteht noch jetzt und ergibt sich hieraus, daß unter den vorliegenden Umständen nicht das Handelsgericht sondern das Stadtgericht Nürnberg in der Sache weiter zu verfahren habe, da insbesondere nicht, wie das Stadtgericht annimmt, ein von dem Handelsgerichte erst noch zu entscheidender bestimmter Zweifel über das zu versteigernde Objekt besteht, vielmehr Notar von K. selbst zugeben muß, daß nach dem Wortlaute der handelsgerichtlichen Schreiben vom 17. April und 5. Juni 1866 das ganze Anwesen zu versteigern ist, und die Frage, ob das bezeichnete Immobile überhaupt Gegenstand der Exekution sein kann, mit der oben bemerkten von Amtswegen durch das Stadt-

Digitized by Google

gericht Nürnberg zu veranlassenden Besitztitelberichtigung von selbst ihre Lösung findet.

Mit Rücksicht auf die hier gegebenen besonderen Umstände handelt es sich vorliegenden Falles nach den Eingangs erörterten Grundsätzen in der That, wie das Handelsgericht in dem seine Kompetenz ablehnenden Beschlusse vom 20. März 1867 hervorgehoben hat, nicht sowohl um die Frage der Unbegründetheit der erkannten Zwangsversteigerung als vielmehr um Beseitigung von Bedenken, wie die beschlossene Immobiliar-Exekution in Vollzug zu setzen ist.

Es war demnach wie geschehen zu erkennen.

Erk. d. OGH. v. 7. Nov. 1868, UB. Nr. 90.

3.

Die in die aktive Armee eingereihten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze vom 30. Januar 1868 wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten.

Joseph Heller von Oettingen aus der Altersklasse 1846, welcher bei der Anmeldung und Messung sowie bei der Aushebung vor dem obersten Rekrutirungsrathe am 3. April 1868 ausgeblieben und in seiner Abwesenheit dem k. 12. Infanterie-Regimente zugetheilt worden ist, wurde deshalb von dem k. Bezirksamte Nördlingen als widerspenstig erachtet, und am 23. April 1868, als er daselbst um Ausfertigung eines Arbeitsbuches bat, sofort arretirt und an das 2. Bataillon dieses Regimentes nach Landau abgeliefert, dann am 4. Mai daselbst verpflichtet und zum Dienste eingereiht.

Am 25. Juli 1868 ist gegen Heller bei diesem Bataillon Untersuchung wegen Widerspenstigkeit eingeleitet, und sind dann die Untersuchungsakten am folgenden Tage dem k. Generalkommando Augsburg zur

Digitized by Google

Beschlußfassung vorgelegt worden; das Generalkommando gab aber die erlaufenen Verhandlungen zur Mittheilung an den Staatsanwalt des zuständigen Civilgerichtes zurück unter Hinweisung auf die Art. 77, Art. 81 Abs. 1 und 2 und Art. 92 Abs. 4 des Wehrverfassungsgesetzes vom 30. Januar 1868.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Donauwörth lehnte seine Zuständigkeit zur Führung dieser Untersuchung ab, da Heller schon der aktiven Armee angehöre, wogegen das k. Generalkommando sich wiederholt auf Art. 81 Abs. 1 u. 2 dieses Gesetzes bezog, wonach die Verwaltungs- oder Militärbehörden alle ihnen zu Gebote stehenden Behelfe rücksichtlich der Ungehorsams- und Widerspenstigkeitsfälle dem Staatsanwalte des zuständigen Gerichtes mitzutheilen haben, die Aburtheilung aber durch die bürgerlichen Gerichte erfolge; dabei berief sich dieses Kommando namentlich auf den Kommentator des Wehrverfassungsgesetzes, Zeitlmann, welcher auch die Ansicht ganz allgemein ausspricht, daß es rücksichtlich dieser Zuständigkeit gleichgiltig sei, ob der Widerspenstige zur Zeit der Einschreitung wider ihn der aktiven Armee schon eingereiht ist oder nicht.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung

1) daß in Bezug auf die Gerichtsbarkeit über die Angehörigen der aktiven Armee die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen im Art. 32 des Wehrverfassungsgesetzes ausdrücklich aufrecht erhalten worden sind und nur rücksichtlich der Ersatzmannschaften, Reservisten und Landwehrmänner wegen gemeiner Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen bis zum Eintritte der Mobilisirung der Armee die Militärgerichtsbarkeit ausgeschlossen wurde, weshalb auch

Digitized by Google

in diesem Punkte gegenüber den Bestimmungen der Verfassungsurkunde Tit. 9 §. 7, wonach die Militärpersonen ganz allgemein wegen Verbrechen und Vergehen, sohin auch wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit, unter der Militärgerichtsbarkeit stehen, im Eingange des Wehrverfassungsgesetzes mit Rücksicht auf obige Abänderung bemerkt ist, daß in Ansehung des Art. 32 daselbst die in §. 7 Tit. 10 der Verfassungsurkunde vorgeschriebene Form (bei Abänderung einer Verfassungsbestimmung) beobachtet wurde, während in Bezug auf den Art. 81 hievon keine Erwähnung geschieht;

2) daß daher die in diesem Artikel aufgeführten Bestimmungen an den bisherigen Gesetzesvorschriften rücksichtlich der militärischen Kompetenzverhältnisse bei den Angehörigen der aktiven Armee, soweit sie zum Dienste im stehenden Heere (Art. 1 Abs. 2 und Art. 93 Abs. 5 des Wehrverf.-Ges.) berufen sind, nichts zu ändern vermochten, hienach also der Inhalt des Abs. 2 dieses Artikels blos auf die Kompetenz der bürgerlichen Gerichte wie bisher (gemäß §. 84 Abs. 1 des Heererg.-Ges. v. J. 1828) Bezug haben kann in Ansehung jener Personen, gegen welche noch vor ihrem Eintritte in die aktive Armee wegen Vergehens der Widerspenstigkeit einzuschreiten ist, während nur bei der Uebertretung des Ungehorsams die Ausnahme besteht, daß den Civilgerichten selbst dem Soldaten gegenüber während ihres Urlaubes eine strafgerichtliche Einschreitung zukommt;

3) daß demnach bei dieser Auffassung der Umstand von selbst seine natürliche Erklärung findet, daß jetzt neben der Verwaltungsbehörde auch der Militärbehörde bei den veränderten Einberufungsverhältnissen der Pflichtigen zu den betreffenden Heeresabtheilungen in Abs. 1 des Art. 81 aufgegeben ist, dem Staatsanwalte des zuständigen Gerichtes die

Digitized by Google

erforderlichen Behelfe zur Einschreitung wegen Vergehens der Widerspenstigkeit oder Uebertretung des Ungehorsams mitzutheilen, und daß die Bestimmung dieses Abs. 2 nur ausspricht, welchem der bürgerlichen Gerichte unter obiger Voraussetzung die Einschreitung gegen den Angeschuldigten und die Aburtheilung desselben zukommt, über welche Frage allein bis zum oberstrichterlichen Plenarbeschlusse vom 10. November 1865 — Just.-Min.-Bl. v. J. 1865 S. 186 — viele Kontroversen bestanden, welche nun auch ihre gesetzliche Lösung gefunden haben;

4) daß die Ansicht des Kommentators Zeitlmann, es seien nun nach dem Art. 81 die bürgerlichen Gerichte in allen Fällen zuständig, es mag die Einreichung des Beschuldigten in die aktive Armee beim Beginne der Untersuchung wegen Widerspenstigkeit schon vollzogen sein oder nicht, weder in den Motiven des Gesetzentwurfes zum Art. 74, welcher mit dem Art. 81 des Gesetzes in Abs. 2 im Wesentlichen gleichlautet, noch in den Ausschuß- oder öffentlichen Verhandlungen der beiden Kammern irgend einen Haltpunkt findet, und ebenso wenig in den von ihm allegirten oberstrichterlichen Erkenntnissen und dem Plenarbeschlusse vom 10. November 1865; vielmehr von dem Referenten des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten selbst zum Art. 24 des Entwurfes (nun Art. 32 des Gesetzes) darauf aufmerksam gemacht wurde, daß bezüglich der Angehörigen der aktiven Armee die Militärkompetenz unbedingt festgehalten werde (Verh. d. K. d. A. $18^{66}/_{68}$ Beil.-Bd. 3 S. 188 Spalte 1);

5) daß nach der aktenmäßigen Konstatirung Heller nach seiner Ablieferung an das 2. Bataillon des k. 12. Inf.-Regimentes am 4. Mai 1868 auf die gesetzliche Dienstzeit in der bewaffneten Macht verpflichtet und in Zugang genommen wurde, sohin

Digitized by Google

bei der am 25. Juli erfolgten Einschreitung gegen ihn wegen Vergehens der Widerspenstigkeit zum Dienste in der aktiven Armee eingereiht worden war;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof

daß zum weiteren Verfahren wegen Vergehens der Widerspenstigkeit gegen den Soldaten Joseph Heller die Militärgerichte zuständig sind.

Erk. d. OGH. vom 17. Nov. 1868, UB. Nr. 107.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobiliarkaufe Art. 14 des Not.-Ges.

(Vergl. Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 244. Ergänz.-Bd. hiezu S. 108 u. 197. Bd. XXXIII S. 61.)

Bei einem Anwesenskaufe wurde festgesetzt, daß der Verkäufer die Löschung der auf dem Kaufsobjekte ruhenden Hypotheken zu bewirken, und Käufer den Kaufschillingsrest zu 11000 fl. binnen Jahresfrist zu bezahlen habe. Als der Verkäufer die Löschung der Hypotheken nicht herbeiführte, klagte ihn der Käufer auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wogegen der Verkäufer erinnerte, er sei nach der notariellen Kaufsbeurkundung mit dem Käufer übereingekommen, daß dieser die Löschung der Hypotheken selbst zu bewirken und dagegen den treffenden Betrag am Kaufschillingsreste zu 11000 fl. abzuziehen habe.

Der Käufer entgegnete, daß dieses Uebereins-

Digitized by Google

kommen eine Aenderung des Kaufvertrages enthalte und demnach in Ermangelung notariellen Beurkundung nichtig sei.

Die erste Instanz hielt diese Entgegnung für begründet und verurtheilte den Beklagten nach der Klagsbitte, wogegen die zweite und dritte Instanz annahmen, daß jenes Uebereinkommen der notariellen Beurkundung nicht bedurfte.

Die oberstrichterlichen Gründe gehen einfach dahin, daß es sich hier lediglich um eine Abänderung des Vollzugsmodus bezüglich der Zahlung des Kaufpreises handle, und die fragliche Verabredung sohin nur persönliche Verbindlichkeiten, keineswegs aber die Eigenthums- oder Besitzverhältnisse der verkauften Immobilien betreffe. Die Hypotheken begründen zwar ein dingliches Recht für die Gläubiger, aber die Bewirkung der Löschung durch Befriedigung der Gläubiger trage keinen dinglichen Charakter.

OAGErk. v. 18. Apr. 1868 Reg.-Nr. 179.

So lange es noch Gerichte gibt, welche sich Erkenntnisse, wie das Bd. XXXII S. 244 mitgetheilte, zum Muster nehmen, so lange wird man auch den Rechtsanwälten nicht sehr verübeln können, wenn auch sie den so vielfach mißhandelten Art. 14 d. Not.-Ges. an den Haaren herbeiziehen, um mit demselben durch alle Instanzen ihr Glück zu versuchen.

Rm.

Redakt: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 5. Dez. 1868. 33. Jahrgang. № 25.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches. — Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Art. 14 des Notariatsgesetzes. Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes. — Regreß gegen Mitbürgen. — Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches des Schuldners ohne die gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Gantverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekutionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches.

Ein Cessionar hatte eine Hypothekforderung gegen den Hypothekschuldner eingeklagt, und letzterer bestritt nun die Richtigkeit der Forderung durch Einreden, welche ihm aus seinem Rechtsverhältnisse zum Cedenten zustanden. Hiebei berührte er zwar den bösen Glauben des Cessionars bei Erwerbung der Forderungen, ohne jedoch denselben schon in der Klagsbeantwortung gehörig zu substanziren. Erst in der Duplik, nachdem sich Kläger in der Replik zur Abwehr auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches bezogen hatte, folgte die Ausführung der Thatsachen, welche den bösen Glauben des Klägers zeigen sollten.

Digitized by Google

Die erste und zweite Instanz verwarfen die Einreden des Beklagten; oberstrichterlich wurde aber der Beweis derselben und der den bösen Glauben des Beklagten begründenden Thatsachen zugelassen, wozu bemerkt wurde, daß der Beklagte erst in der Duplik Veranlassung erhalten habe, sich über den replikantischen Einwand ausführlich zu äußern, und daß also auch unzweifelhaft erst die Duplik der Ort gewesen sei, wo Beklagter seine Rechtsvertheidigung gegen die eigentliche Replik des Klägers habe vorbringen können und dürfen.

OAGErk. v. 12. Mai 1868 Reg.-Nr. 326.

Nachschrift des Einsenders. Da der rechtliche Begriff des guten Glaubens ein rein negativer ist, indem er nur in der Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins besteht, — fr. 109 de verb. sign. (50, 16) — so wird er regelmäßig vorausgesetzt und wird eine spezielle Berufung auf denselben nicht gefordert, wogegen der böse Glaube, so weit er sich aus dem Sachverhältnisse nicht von selbst ergibt, selbständig behauptet, gehörig substanzirt und nöthigenfalls auch bewiesen werden muß; Const. 30 de evict. (8, 45).

Es war demnach, obwohl die Klage eine ausdrückliche Erwähnung des guten Glaubens des Klägers nicht enthielt, eine unerläßliche Obliegenheit des Beklagten, schon mit der Klagsbeantwortung die den bösen Glauben des Klägers offenbarenden Thatsachen mit der nöthigen Bestimmtheit und Ausführlichkeit vorzutragen, weil er außerdem nach Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4 mit den vorgeschützten Einreden gar nicht gehört werden durfte.

Die Berufung des Klägers auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches ist daher keineswegs eine eigentliche Replik, sondern nur eine Rüge der Unvollständigkeit der Exzeption, weshalb auch nicht

gesagt werden kann, Beklagter habe erst durch die Replik Veranlassung zur Aufstellung des bösen Glaubens erhalten.

Rm.

2.

Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Art. 14 des Notariatsgesetzes. Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes.

Bl. f. RA. Bd. XXX S. 80.

Mehrere Personen hatten sich geeinigt, ein hochgiltiges Anwesen zum Zwecke der Zertrümmerung zu erkaufen. Nachdem das Anwesen erkauft und die Zertrümmerung durch Veräußerung einzelner Parzellen bereits in Gang gebracht war, verstarb ein Gesellschaftsmitglied, und obwohl die Erben desselben bereit waren, in die Verbindlichkeiten ihres Erblassers bis zur vollständigen Abwickelung des Geschäftes einzutreten, nahm doch ein anderes Mitglied der Gesellschaft aus diesem Todesfalle die Veranlassung, die Fortsetzung der Gesellschaft zu verweigern. Als nun die übrigen Mitglieder und die Erben des verstorbenen Mitgliedes gegen das abtrünnige Mitglied auf Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten desselben und auf Fortsetzung der Gesellschaft Klage stellten, erwiderte Beklagter,

1) daß der ganze Gesellschaftsvertrag wegen Mangels notarieller Beurkundung schon vorhinein nichtig gewesen, daß aber

2) jedenfalls die Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes ihr Ende erreicht habe.

Vom obersten Gerichtshofe wurde ad 1) angenommen, daß der Gesellschaftsvertrag einer notariellen Beurkundung nicht bedurft habe, weil er, indem er nur die Vereinigung mehrerer Personen zur

*

Digitized by Google

künftigen Erwerbung und Veräußerung von Immobilien zum Gegenstande habe, die Besitzveränderung oder das Eigenthum nicht unmittelbar betreffe, sondern nur bezwecke, die Ermöglichung solcher Verträge durch Verpflichtung mehrerer Personen zur Herbeischaffung der nöthigen Mittel herbeizuführen.

Ein solcher Sozietätsvertrag sei also nur ein die Eingehung der Erwerbs- und Veräußerungs-Verträge vorbereitendes Paktum, habe also die Natur der letzteren selbstverständlich nicht, und sei deshalb auch nicht an die Form derselben gebunden.

Schon nach römischem Rechte sei das pactum de emendo et vendendo von dem eigentlichen Kauf- und Verkauf-Vertrage wesentlich verschieden; denn es enthalte nicht den Kauf oder Verkauf selbst, sondern nur die Verpflichtung, diese Verträge später einzugehen; dasselbe betreffe also nicht die Besitzveränderung oder das Eigenthum selbst, welche beide erst den Gegenstand des künftigen Vertrages bilden.

Dagegen wurde ad 2) angenommen, daß die Einwendung des Beklagten theilweise gegründet sei, und die Klage wegen Zuvielforderung in der angebrachten Art abgewiesen.

Es wurde nämlich zwar anerkannt, daß mit dem Tode eines Mitgliedes die schon vor dem Tode erworbenen Rechte und begründeten Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter nicht erlöschen, daß also, insoferne auf Erfüllung solcher Verbindlichkeiten geklagt werde, die Klage nicht unbegründet sei; daß jedoch, weil die Gesellschaft mit dem Tode eines Mitgliedes kraft des Gesetzes aufhöre, für den Beklagten keine Verbindlichkeit mehr bestehe, dieselbe fortzusetzen.

Weiter sagen die Gründe:

Ist die Gesellschaft aufgelöst, so ist kein Gesellschafter mehr verbunden, im Interesse der Ge-

Digitized by Google

sellschaft weiter zu handeln, insoferne nicht ein Geschäft bereits begonnen war, und ein Abbruch desselben unthunlich oder der Gesellschaft schädlich ist; fr. 40 pro socio (17, 2).

Also nur das bereits angefangene Geschäft ist zu vollenden, folglich nicht das, wenn auch im Zwecke der Gesellschaft liegende, aber noch nicht begonnene Geschäft, was sich von selbst aus der Endigung der Gesellschaft ergibt. Denn würden alle einzelnen Geschäfte, welche den Inhalt des Gesellschaftszweckes bilden, erst vollendet werden müssen, so wäre die Gesellschaft durch den Tod nicht geendet, sondern sie würde nothwendig fortdauern, was ja das Gesetz gerade ausschließt. Unrichtig ist aber die Annahme, daß es sich im gegebenen Falle nur um ein Geschäft handle, dieses aber bereits begonnen sei, weil der Zweck der Gesellschaft in Zertrümmerung eines einzelnen Anwesens und in der Theilung des hieraus hervorgehenden Gewinnes und Verlustes bestanden habe und bereits mehrere Einzelnverkäufe bewerkstelligt worden seien.

Allein wenn auch die Zertrümmerung nur eines Anwesens der Zweck der Gesellschaft war, so zerfiel doch die Ausführung derselben in mehrere einzelne Geschäfte, was schon in der Natur und dem Zwecke der Zertrümmerung liegt. Es kann daher nicht gesagt werden, daß nur ein einzelnes Geschäft Gegenstand der Gesellschaft gewesen sei; es umfaßte dieser Gegenstand wohl eine und dieselbe Gattung von Geschäften, nicht aber ein einzelnes, sondern ganz offenbar eine Mehrheit dem Zwecke nach allerdings gleicher, aber in der Ausführung verschiedener Geschäfte. In einem solchen Falle hebt die Beendigung der Gesellschaft die Pflicht der einzelnen Theilhaber zur Fortsetzung der ihnen obliegenden Thätigkeit nothwendig auf, soferne es sich nicht

Digitized by Google

von einem einzelnen Geschäfte handelt, welches bereits begonnen ist.

Das Gesetz unterscheidet auch nirgends zwischen Gesellschaften, deren Gegenstand mehrere der Gattung nach gleiche Geschäfte und solchen, deren Zweck nur ein einziges spezielles Geschäft umfaßt, indem ganz allgemein jede Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters geendigt wird, und ebenso allgemein vorgeschrieben ist, daß nur ein einzelnes Geschäft, welches bereits angefangen ist, vollendet werden müsse.

OAGE. v. 15. Mai 1868 Reg.-Nr. 236.

Nachschrift des Einsenders. Gegen die Entscheidung

ad 1) ist nichts zu erinnern; nur wird man dem Entscheidungsgrunde, daß hier nur ein pactum de emendo et vendendo vorhanden sei, nicht zustimmen können. Ein solches liegt sicher nicht vor; läge es aber vor, so wäre gerade dieses ein Grund, die notarielle Beurkundung für nothwendig zu erklären; v. Zink, Kommentars-Nachtrag S. 44; Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 373 folg. —

Was nun

ad 2) die Entscheidung in der Hauptsache anbelangt, so hängt diese lediglich davon ab, ob man hier eine zu einem bestimmten einzelnen Geschäfte, oder zu einer unbestimmten Vielheit von Geschäften abgeschlossene Gesellschaft annimmt.

Für Letzteres hat sich der oberste Gerichtshof deshalb entschieden, weil eine Gutszertrümmernng ihrem Begriffe nach in mehrere Geschäfte zerfalle; dieser Grund wird aber deshalb nicht entscheiden können, weil er mit dem „id, quod actum est", auf welches doch bei allen Kontrakten besonders zu achten ist, zu sehr im Widerspruche steht.

Man veräußert die Theile eines großen Gutskomplexes nicht, wie man etwa gewisse Quantitäten

Digitized by Google

von Wein oder Tabak abgibt. Die Zertrümmerung eines solchen Komplexes kann nach der vorauszusetzenden, weil durch die Natur der Sache begründeten Absicht der Kontrahenten nur nach einem wohldurchdachten einheitlichen d. i. die vortheilhafteste Verwerthung des Ganzen in's Auge fassenden Plane geschehen, bei dessen Entwerfung die verschiedensten Verhältnisse zu berücksichtigen sind, z. B. die örtliche Lage der Grundstücke überhaupt oder zu einander, wenn sie an verschiedene Besitzer kommen, die Zugänglichkeit zu denselben, die Erhaltung oder Beseitigung bestehender oder die Errichtung neuer Servituten, die Arrondirungsgelegenheit oder das Bedürfniß der Nachbarn, die Zahlungsfähigkeit derselben und dergl. mehr. Diese Wechselbeziehungen, in welchen nach dem Zertrümmerungsplane die Gutsbestandtheile zu einander stehen, dürften wohl die Annahme rechtfertigen, daß in der ganzen Zertrümmerung für die Gesellschafter unter sich nur ein einziges Geschäft liege, und da dieses bereits angefangen ist und nur zum offenbaren Schaden der Gesellschaft unterbrochen werden könnte, so gab der Tod eines Mitgliedes dem Beklagten keinen genügenden Grund, um seine vertragsmäßige Mitwirkung bis zur Vollendung des Geschäftes zu versagen. Rm.

3.

Regreß gegen Mitbürgen.

(Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XVII Nr. 39 Bd. XX Nr. 132.)

Für einen Kaufschillingstheil, welcher dem Käufer geborgt wurde, hatten sich A. und B. dem Verkäufer in solidum als Selbstzahler verbürgt. Die Verbürgung beider wurde sogleich in die notarielle Kaufsurkunde aufgenommen. Nach eingetretener

Digitized by Google

Insolvenz des Käufers befriedigte A. den Verkäufer und forderte nun von B. die Hälfte der bezahlten Summe.

Dieser Anspruch wurde vom obersten Gerichtshofe nicht anerkannt aus folgenden Gründen:

Gemeinrechtlich kann der zahlende Bürge gegen einen Mitbürgen nur dann auf Ersatz seines Antheiles an der gezahlten Summe klagen, wenn er sich die Klage des Gläubigers hat cediren lassen; §. 4 Inst. de fideij. (3, 21); fr. 39 de fideijuss. (46, 1); Seuffert, Lehrb. d. Pand. §. 386 Nr. 3 a. E.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß im gegebenen Falle die Mitbürgen dem Gläubiger gegenüber sich solidarisch zur Zahlung als Bürgen und Selbstzahler verpflichtet haben, und eine solche Korrealverpflichtung allen Mitbürgen nach §. 4 Inst. de fideij. (3, 21) obliegt, weil außer einer in Mitte liegenden Cession der Klage des befriedigten Gläubigers an einen einzelnen Korrealschuldner gegen die übrigen Korrealschuldner ein solcher Regreß nur dann begründet ist, wenn die letzteren zu dem zahlenden Mitbürgen in einem Societäts-, Mandats-, Geschäftsführungs- oder überhaupt in einem solchen Verhältnisse stehen, welches nach seiner rechtlichen Natur und kraft des Gesetzes eine Entschädigungspflicht der übrigen Korrealschuldner wegen der von dem zahlenden correus für sie gemachten Auslagen mit sich bringt; Seuffert, Lehrb. d. Pand. §. 228 Nr. 2 u. 3.

Dieser Ansicht sind zwar in der Doktrin des gemeinen Rechtes mehrere Rechtsgelehrte entgegengetreten (Holzschuher, Theorie u. Kas. 3. Aufl. Bd. 3 S. 116 Nr. 2 u. S. 117 ad 2), indem sie theils den Rückgriff des zahlenden Korrealschuldners gegen die übrigen Korrealschuldner ganz unbedingt, theils wenigstens in dem Falle zulassen, wo

Digitized by Google

eine rechtliche Verpflichtung des befriedigten Gläubigers zur Abtretung der Klage vorliege, und das Gesetz selbst ohne den Umweg der wirklichen Cession eine actio utilis gegen die anderen Korrealschuldner einräume.

Allein diese beiden Meinungen sind schon von Vangerow in seinem Lehrb. Bd. III §. 573 Anmerk. 3, dann von Samhaber zu der Lehre von der Korrealobligation S. 192 u. ff., sowie von Windscheid im Lehrbuch der Pandekten §. 294 gründlich widerlegt worden, und können namentlich in der Anwendung auf die Bürgschaft nicht als den Gesetzen gemäß erachtet werden, weil ja nach Const. 11 de fideij. (8, 41) und fr. 39 eod. tit. (46, 1) dem zahlenden Bürgen, obschon mehrere Bürgen nach §. 4 Inst. de fideij. (3, 21) in solidum haften, der Regreß gegen die übrigen Mitbürgen nur unter der Voraussetzung einer wirklich geschehenen Cession der Klage von Seite des Gläubigers eingeräumt worden ist, während dem zahlenden Bürgen nur gegen den Hauptschuldner nach fr. 43 de neg. gest. (3, 5), fr. 4 pr. de fideij. (46, 1) und §. 6 Inst. eod. tit. (3, 21) unbedingt die Klage auf Ersatz des Gezahlten zusteht.

OAGErk. v. 22. Mai 1868 RNr. 316.

Nachschrift des Einsenders. Wie klar auch die im vorstehenden Erkenntnisse angezogenen Stellen des röm. Rechtes den Regreß gegen den Mitbürgen versagen, so ist doch in Rücksicht auf andere Stellen, insbesondere fr. 17 et 36 de fideijuss. (46, 1) die Regreßfrage eine sehr bestrittene. Als Gewährsmann für die vom obersten Gerichtshofe angenommene Meinung ist besonders noch Savigny im Oblig.-Recht Bd. I S. 273 ff. anzuführen.

Digitized by Google

Dieser Schriftsteller erklärt als vorzüglich entscheidend Inst. §. 4 de fidejuss. (3, 21), indem hier nicht blos der Regreß verneint, sondern auch der Grund dieser Verneinung angeführt wird, welcher darin besteht, daß sich der Bürge durch die epistola Divi Hadriani schützen kann, und sich, wenn er dieses unterläßt, selbst zuschreiben muß, wenn er nun den Schaden ganz allein zu tragen hat.

Savigny widerspricht namentlich auch, daß, was von Korrealobligationen gilt, unbedingt auf die Bürgschaften und umgekehrt angewendet werden könne; denn wenn auch jeder einzelne Bürge correus des Hauptschuldners sei, so befinden sich doch die Mitbürgen unter einander in keiner Korrealität und überhaupt so wenig in einem unmittelbaren Rechtsverhältnisse zu einander, daß sie vielleicht gegenseitig von ihrem Dasein gar keine Kenntniß haben.

Dieser von Savigny angeführte Grund scheint aber zu einer Ausnahme doch dann zu führen, wenn aus den Umständen eines gegebenen Falles erhellt, daß jeder der Bürgen sich nur mit Rücksicht auf die Mitbürgschaft des anderen verbürgt und die Gefahr der gemeinschaftlichen Verbürgung nur gleichheitlich habe tragen wollen; es läßt sich jedoch aus dem einzigen Grunde, daß die Verbürgung in einer gemeinschaftlichen Urkunde geschehen, ein solches Ausnahmsverhältniß mit Sicherheit kaum entnehmen, und wenn es daher im vorliegenden Falle vom obersten Gerichtshofe nicht als gegeben anerkannt wurde, so wird sich hiegegen wenig erinnern lassen.

Was insbesondere die actio utilis betrifft, welche einzelne Rechtslehrer dem zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen einräumen, so wird die Zulässigkeit derselben von der Vorfrage abhängen, ob der befriedigte Gläubiger verpflichtet sei, außer einen Klagen (Schuld- und Pfandklage) gegen denj

Hauptschuldner auch die Klage gegen den Mitbürgen abzutreten; denn, wenn diese Verbindlichkeit besteht, so ist der Fall einer erzwingbaren Cession vorhanden, als deren Folge (mit Umgehung einer förmlichen Cession) nach neuerem Rechte die actio utilis gegeben ist.

Von einer großen Anzahl von Rechtslehrern (siehe z. B. Seuffert, Lehrbuch d. Pand. §. 385 Nr. 4, Puchta §. 405 Nr. 3, Arndts §. 355 Nr. 3, Wening-Ingenheim §. 353 (363) Note m, insbesondere Girtanner, die Bürgschaft des gem. R. S. 538, Anmerk. Nr. 9) wird diese Verpflichtung ausdrücklich anerkannt, dagegen von Savigny a. a. O. S. 275 und 277 Note o mit Anführung seiner Gründe und Widerlegung der Gegengründe entschieden in Abrede gestellt.

Folgt man dieser Lehre, so kann natürlich auch von einer actio utilis, da sie nur als Surrogat einer erzwingbaren Cession erscheint, keine Rede sein, und dann wird sich, wie hier vom obersten Gerichtshofe angenommen wurde, der zahlende Bürge der Regreßklage nur in dem Falle bedienen können, wenn ihm der befriedigte Gläubiger die Klage gegen den Mitbürgen durch freiwillige Cession übertragen hat. Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches des Schuldners ohne die gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Gantverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekutionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen.

Der Krämer Rupert W. von H. brachte in

Digitized by Google

einem an das k. Bezirksgericht Passau gerichteten Fristen- und Nachlaßgesuche vom 10. Juni 1868 vor, daß zwar sein Anwesen im Jahre 1864 auf 13335 fl. gewerthet wurde, wonach sich sein Gesammtvermögen auf 14282 fl. 59 kr. entziffern würde, während seine Schulden an Hypotheken 6700 fl. und an Kurrentposten 6673 fl., sohin zusammen den Betrag von 13373 fl. erreichen, daß aber gegenwärtig bei einem gerichtlichen Verkaufe des Anwesens höchstens ein Erlös von 6700 fl. zu erwarten ist, so daß die Kurrentisten mit ihren Forderungen größtentheils zu Verlust kämen, wenn sie ihn mit Exekutionen drängen würden. Er erklärte sich demgemäß außer Stande, seine sämmtlichen Gläubiger auf einmal zu befriedigen, bot aber den Kurrentisten 25% für ihre Forderungen, zahlbar in 5 Jahresraten, während die Hypothekengläubiger bei pünktlicher Zinsenzahlung ihre volle Befriedigung erhalten sollten. Hiemit verband er die Bitte, dieses Fristen- und Nachlaßgesuch zur Verhandlung zu ziehen und schließlich dasselbe zu genehmigen, inzwischen aber die Partikularexekutionen zu sistiren.

Das Gericht setzte dieses Gesuch am 13. Juni zur Verhandlung aus mit dem Bemerken, daß die Partikularexekutionen sistirt würden, und gab auch dem k. Handelsgerichte Passau von der beschlossenen Sistirung sämmtlicher Partikularexekutionen Nachricht.

Inzwischen hatte das Handlungshaus L. in M. bei dem k. Handelsgerichte Passau gegen W. eine Waarenforderung von 894 fl. 20 kr. sammt Zinsen und Kosten eingeklagt, wovon 189 fl. 20 kr. bezahlt und der Rest mit 705 fl. sammt Zinsen durch stillschweigendes Zugeständniß des Beklagten liquid gestellt wurde. Rücksichtlich dieses Restes erhielt der Beklagte am 29. Mai 1868 Zahlungsauftrag bei Vermeidung der Sperre, worauf, da Zahlung nicht erfolgte, von dem Handelsgerichte auf

Digitized by Google

klägerisches Anrufen die Sperre verfügt wurde. Am 19. Juni gelangte jedoch obige Nachricht des Bezirksgerichtes zu den handelsgerichtlichen Akten, und nun eröffnete das Handelsgericht mit Beschluß vom 22. Juni dem Kläger, daß es, durch den bezirksgerichtlichen Beschluß auf Einstellung der Partikularexekutionen gebunden, nicht mehr in der Lage sei, dem klägerischen Exekutionsantrage stattzugeben.

Hiegegen remonstrirte Kläger und verband damit eventuell zugleich die Berufung. Das Handelsgericht wies die Remonstration zurück, und legte die Akten dem k. Handelsappellationsgerichte vor, welches die Vollstreckung der bereits verfügten Sperre anordnete, weil nach Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung nur dann bei den Handelsgerichten eine Exekution nicht mehr vorgenommen oder fortgesetzt werden soll, wenn die Gant gegen den Schuldner gesetzlich erkannt ist, diese Bestimmung aber auf bloße Frist- und Nachlaßgesuche keine Anwendung finden kann.

Der Vertreter des Rupert W. regte nun den hienach zwischen dem k. Handelsappellationsgerichte und dem k. Bezirksgerichte Passau bestehenden bejahenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zur Entscheidung über die Statthaftigkeit der von dem Handlungshause J. G. L. und Söhne gegen Rupert W. beantragten Exekution zur Zeit das k. Handelsgericht Passau zuständig sei."

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Wenn der Schuldner schon wirklich gantmäßig ist, soll nach Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung vom Jahre 1785 bei dem Wechsel- und Merkantilgerichte, an dessen Stelle jetzt das Handelsgericht getreten ist, keine Exekution mehr gegen denselben vorgenommen oder fortgesetzt,

Digitized by Google

sondern der Kläger zum Konkursgerichte verwiesen werden. In Uebereinstimmung hiemit bestimmt die bayer. Gerichtsordnung Kap. XIX §. 19, daß es dem Konkursgerichte zukomme, auch schon vor Eröffnung des Konkurses, jedoch selbstverständlich unter Voraussetzung der materiellen Gantmäßigkeit des Schuldners, jede Partikularzahlung oder Veräußerung, überhaupt Alles zu untersagen, was eine Verringerung der Aktivmasse oder einen rechtswidrigen Nachtheil für die einzelnen Gläubiger herbeiführen könnte, somit auch den Lauf von Partikularexekutionen ganz allgemein zu hemmen [1]).

Allein als Gantgericht kann sich das Civilgericht nicht von Amtswegen konstituiren, sondern gemäß Art. 80 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 und Art. 16 desselben Gesetzes vom 1. Juli 1856 nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger oder auf eine solche Insolvenzanzeige des Schuldners selbst, welche das Civilgericht in den Stand setzt, mit Eröffnung der Gant ohne Weiteres zu verfahren, und daher auch sofort alle hiezu erforderlichen Maßregeln vorzubereiten.

Rupert W. hat zwar in seinem Fristen- und Nachlaßgesuche vom 10. Juni 1868 sich außer Stande erklärt, seine sämmtlichen Gläubiger auf einmal zu befriedigen und sich so als insolvent bezeichnet, aber lediglich die Bitte gestellt, dieses Gesuch zur Verhandlung zu ziehen, die Partikularexekutionen einzustellen, und schließlich dem Gesuche stattzugeben. Hiemit wurde das Bezirksgericht, nachdem der Schuldner sich nicht eventuell dem Gantverfahren unterworfen hat, noch keineswegs in die Lage versetzt, auch nur zum Vorbereitungsverfahren wegen allenfallsiger Eröffnung der Gant ge-

[1]) Vergl. Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 91 und 145.

gen den Gemeinschuldner zu schreiten. Nur in einem solchen Falle stellt sich aber die Instruktion eines Fristen- und Nachlaßgesuches als ein in jedem Stadium des Prozesses, sohin auch bei Einleitung des Konkurses, gesetzlich zulässiger Versuch dar, bestehende Differenzen zwischen den verschiedenen Gläubigern unter sich und mit dem Gemeinschuldner auszugleichen, und zwar letzteren Falles insbesondere mit der Wirkung, daß hiebei zugleich sämmtliche Partikularexekutionen zur Sistirung durch Heranziehung aller bis zur Exekution vorgeschrittenen Streitsachen in den Bereich dieses universellen Gerichtsstandes gebracht werden.

Das Gesuch des W. stützt sich ausschließlich auf die Vorschriften des §. 70 der Prozeßnovelle vom Jahre 1837, und unterliegt sonach der Instruktion und Bescheidung des ordentlichen Civilgerichtes des Schuldners. Dieses hat daher auch lediglich nach der Bestimmung dieses Paragraphen zu verfahren, und je nach dem Ergebnisse der gepflogenen Verhandlungen das gestellte Gesuch zu genehmigen oder abzuweisen, und wird dann im letzteren Falle die Sache wieder auf den früheren Stand zurückgeführt, wenn nicht erst jetzt rechtswirksame Anträge von Gläubigern zur Ganteröffnung führen.

Das ordentliche Civilgericht kann zwar sämmtliche Forderungen gegen den Schuldner ohne Rücksicht auf deren Qualität, sohin auch Handels- und Wechselforderungen, in den Kreis seiner Verhandlungen ziehen; es kann auch während dieser Verhandlungen provisorisch die Exekutionen bezüglich der seiner Kompetenz unterstellten Streitsachen sistiren, um wenigstens den Standpunkt dieser Gläubiger, den sie bei Anmeldung des Gesuches eingenommen

Digitized by Google

haben, zu fixiren; aber so lange es nicht in der Lage sich befindet, sofort sich als universelles Gericht zu konstituiren, sohin auch mit dem Belastungs- und Veräußerungsverbote und überhaupt mit allen Maßregeln zur Sicherung der ganzen Masse, ohne welche Maßregeln ohnehin auch die Sistirung der Exekutionen allein den Gläubigern kein ausreichendes Sicherungsmittel darbietet, hervorzutreten, was bei dem Verfahren nach diesem §. 70 nicht der Fall ist, kann ihm offenbar auch die Befugniß nicht zukommen, über die Grenzen seiner Zuständigkeit hinaus mit Sistirung von Partikularexekutionen vorzugehen.

Insbesondere steht dem ordentlichen Civilgerichte keine Kompetenz zu, die bei den Handelsgerichten im Gange befindlichen Exekutionen zu hemmen, da die Handelsgerichte, wie gezeigt, gesetzlich nur verbunden sind, die auf Exekutionen andringenden Gläubiger im Falle der Gantmäßigkeit des Schuldners an das ordentliche Civilgericht desselben zu verweisen, wenn dieses an dem Punkte bereits angekommen ist, der es in die Lage versetzt, in die universelle Eigenschaft eines Konkursgerichtes einzutreten.

Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

Erk. d. OGH. v. 14. Nov. 1868, UB. Nr. 91.

Redakt.: Dr. **Steppes.** Verl.: **Palm & Enke (Adolph Enke)** in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Samstag den 19. Dez. 1868. 33. Jahrgang. No. 26.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener" nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822. — Kondiziruug des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen. — Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. — Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte, als Vermittlungsamte, abgeschlossenen Vergleiches.

Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener" nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822.

Bl. f. RA. Bd. XV. S. 225.

Um den Sinn der bemerkten Worte der Prioritätsordnung richtig zu erfassen, muß auf die frühere Gesetzgebung zurückgegangen werden.

Im Gantprozesse von 1616 Th. II Art. 5 wird der Liedlohn unter den bevorzugten Gläubigern an dritter Stelle lozirt und ist darunter auch begriffen, was ein gedingter gebrödeter Diener oder Ehehalt bei seiner Herrschaft zu fordern hat.

In der ältesten deutschen Rechtssprache wurden die Ausdrücke: „Liedlohn" (litlôn) d. h. Lohn der Liten, Lazzen, Hörigen, und „gebrödeten Diener" (gebrotten diener) nur vom Hausgesinde gebraucht und ließ ihre Entstehung sogar auf ein

Digitized by Google

Hörigkeitsverhältniß schließen; s. Jak. Grimm, Rechtsalterthümer S. 318 und 358 (vgl. auch S. 305, 39).

Aus den Anmerkungen des Bar. v. Schmid zur fraglichen Gesetzesstelle geht nun zwar hervor, daß das bayerische Gesetz eine Beschränkung auf das Hausgesinde nicht im Sinne hatte; allein zugleich ist bestimmt und unzweideutig ausgesprochen, daß unter „gebrödeter Diener" nur die niederen Bediensteten und zwar solche, welche von der Dienstherrschaft beköstigt werden und zu deren Haushalte gehören, zu verstehen sind.

Den inneren Grund für eine derartige Einschränkung des Privileges findet Bar. v. Schmid in verschiedenen Erwägungen, nämlich:

1) daß Privilegien an und für sich möglichst zu beschränken sind und die Rücksicht auf das Interesse der übrigen Gläubiger es erheischt, nicht übermäßig großen Forderungen den Vorrang einzuräumen;

2) daß höhere Bedienstete sich durch Dienstverträge sicher zu stellen pflegen oder wenigstens in Verschuldung sind, falls sie dies unterließen, während einem niederen Bediensteten, welcher zudem in einer gewissen Abhängigkeit vom Dienstherrn steht, nicht zuzumuthen ist, solche Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen;

3) daß aus Rücksicht für den Dienstherrn nur solche Diener besondere Berücksichtigung verdienen, welche ihm zur Führung seines Haushaltes oder Berufsgeschäftes nothwendig sind, nicht aber auch solche, welche er nur aus Luxus oder zu Spekulationszwecken hält;

4) daß anderseits Rücksichten der Humanität

dafür sprechen, solchen Dienern einen Vorrang einzuräumen, welche ihren Lebensunterhalt präsumtiv allein in ihrem Arbeitsverdienste (cujus defraudatio in coelum clamat) finden, nicht aber auch solchen, welche ein hohes Einkommen haben und sich hie und da besser stellen als der Herr selbst.

Um nun im Geiste dieser Erwägungen das Richtige möglichst zu treffen und für den Richter ein in die Augen springendes Unterscheidungsmerkmal zu geben, fand es der Gesetzgeber geeignet, jene Diener für privilegirt zu erklären, welche im Brode des Herrn stehen, weil

1) ein solches Verhältniß fast immer nur bei den geringer gesoldeten, niedrigeren Bediensteten vorzukommen pflegt, und weil

2) bei einem Diener, welcher Kost und Wohnung in Natur erhält, der Geldlohn nur ein verhältnißmäßig niederer sein kann.

Daß die Naturalverköstigung des Dieners ein wesentliches Merkmal des Begriffes eines gebrödeten Dieners sein sollte, geht aus allen Aeußerungen des Bar. v. Schmid klar hervor.

So wird die Frage, ob Handwerker, welche keinen Stoff, sondern blos Arbeit liefern, als gebrödete Diener zu betrachten seien, dahin beantwortet, daß sie diese Eigenschaft nur beanspruchen könnten, wenn sie in der Wohnung des Herrn, d. h. auf der Stör arbeiteten, „weil die Störer ihren Dienst im Brode des Herrn, mensa et pane domini contenti, verrichteten."

Ebenso wird die Entscheidung, daß Notare, Prokuratoren, Gutsverwalter, Braumeister und Faktoren der Kaufleute nicht als gebrödete Diener zu betrachten seien, damit begründet, daß sie ihren Lohn nicht im Brode des Herrn zu verdienen pflegten, quia proprio suo pane ac foco vi-

Digitized by Google

vant, a domini domo et familia sejuncti et separati sint.

Bezüglich der Güterverwalter wird weitergehend erklärt, daß sie sogar dann nicht jene Eigenschaft hätten, wenn sie zufällig Kost und Wohnung gleich anderen Dienstboten vom Herrn bezögen, weil sie die Vorgesetzten der Diener seien und also nicht selbst zur Dienerschaft gerechnet werden könnten.

Diese Auffassung des Privileges für den Liedlohn stimmt im Wesentlichen mit der bestehenden Praxis des gemeinen Rechtes überein (s. Thibaut, Pand. §. 808, Seuffert, Arch. Bd. III Nr. 309) und die weiter gehende Ansicht von Schweppe hat daher nach bayerischem Landrechte keine Berechtigung.

Die Gerichtsordnung von 1753 Kap. XX §. 4 hat nun ganz die besagten Bestimmungen des Gantediktes wiederholt und sie, was sehr wichtig ist, aus den Erläuterungen des B. v. Schmid, dessen Ansichten sie sich also vollständig aneignete, ergänzt. Kreittmayr sagt daher, was die Gerichtsordnung hier bestimme, sei durchgehends aus dem bayer. Gantprozesse Tit. II Art. 5 und den hierüber gemachten B. Schmid'schen Erinnerungen genommen.

Bei dieser Sachlage kann es nicht im mindesten zweifelhaft sein, daß der Begriff eines gebrödeten Dieners unter der Herrschaft der Gerichtsordnung ganz der nämliche geblieben ist, wie er der Ansicht des B. v. Schmid gemäß durch das Gantedikt festgestellt worden war.

Kreittmayr berichtigt zwar die Bemerkungen, welche v. Schmid bezüglich der Braumeister macht, allein nur aus faktischen Gründen, indem er hervorhebt, daß allerdings thatsächlich die meisten Braumeister gleich anderen gebrödeten Dienstboten

die Kost und Wohnung zu genießen haben und folglich unter die Domestiken zu rechnen seien. Gerade diese Bemerkung liefert den klaren Beweis, daß rechtlich nichts geändert werden sollte.

Wenn Werth darauf gelegt werden will, daß in der Gerichtsordnung neben den gebrödeten Dienern auch noch die Taglöhner und die Handwerker, welche auf der Stör arbeiten, aufgeführt sind und darauf hingewiesen wird, daß ja diese Arbeiter gewöhnlich nicht im Brode des Herrn standen, so möchte aus dem Umstande, daß diese beiden Klassen von Arbeitern noch besonders aufgezählt sind, gerade umgekehrt zu folgern sein, daß bei ihnen theilweise andere Gesichtspunkte maßgebend seien. Eher möchte Grund gegeben sein, aus der Qualität dieser Personen einen Rückschluß auf die Qualität eines gebrödeten Dieners im Sinne der Gerichtsordnung zu machen und ferner die Frage aufzuwerfen, ob derjenige Gesetzgeber, welcher einen Handwerker blos deshalb vom Privilege ausschließt, weil er die nämliche Arbeit im eigenen Hause, nicht aber im Hause des Arbeitgebers verrichtet hat, gegen einen hochbesoldeten Geschäftsführer, welcher nicht im Brode des Herrn steht, sondern seinen eigenen Haushalt hat, nachsichtiger sein sollte? —

Geht man nun auf die Prioritätsordnung von 1822 über, so bedient sich dieselbe im Wesentlichen der nämlichen Ausdrücke, wie jene älteren Gesetze, indem sie vom Liedlohne der gebrödeten Diener spricht, und da weder in den Motiven des bezüglichen Gesetzentwurfes noch bei der Diskussion des Gesetzes fraglichen Worten ein anderer Sinn gegeben oder die Absicht einer Aenderung an den Tag gelegt wurde, so müssen dieselben nothwendig im nämlichen Sinne aufgefaßt werden, wie sie das

Digitized by Google

damals bestehende Recht auffaßte. Man muß um so sicherer zu dieser Annahme gelangen, wenn man weiter erwägt:

a) daß das Bestreben des neuen Gesetzes schon mit Rücksicht auf den hypothekarischen Kredit, dessen Hebung ihm so sehr am Herzen lag, auf Minderung der Privilegien gerichtet war, wie denn eine Reihe von Forderungen unter die gewöhnlichen eingereiht wurden, denen die Gerichtsordnung ein Privileg verliehen hatte;

b) daß überhaupt Privilegien einschränkend zu erklären sind und

c) daß man den veralteten Ausdruck „verbrödeter Diener" sicher nicht gebraucht haben würde, wenn man nicht den damit verbundenen besonderen Sinn hätte anerkennen wollen.

Wenn nun demgemäß der Wille des Gesetzgebers außer Zweifel steht, so dürfte es eigentlich unnöthig sein, nach weiteren Gründen zur Auslegung zu suchen; allein faßt man fragliche Gesetzesstelle auch nur für sich allein in's Auge und sucht sie ohne Rücksicht auf ihre Entstehungsgeschichte zu erklären, so kommt man doch im Wesentlichen zum nämlichen Resultate. Schon die Ausdrücke „Liedlohn" und „gebrödeter Diener", nach dem Sinne, wie sie im gewöhnlichen Leben genommen werden, deuten dahin, daß das Gesetz nur niedere Bedienstete im Auge hatte, denn z. B. bei einem Gutsverwalter oder Geschäftsführer einer Fabrik pflegt man nicht von einem „Liedlohn" zu sprechen noch pflegt man solche Leute „Diener" zu nennen und sie zur Dienerschaft zu zählen.

Der Beisatz „gebrödet" darf auch unmöglich für gleichgiltig und nichtssagend betrachtet werden; dies würde er aber sein, wenn man unter verbrödeten Dienern auch jene Diener verstehen wollte,

Digitized by Google

welche ihr Brod d. h. ihre Kost nicht in Natur, sondern indirekt, im Lohne, vom Dienstherrn beziehen; denn in diesem Sinne wäre wohl jeder Diener „verbrödet", da Niemand ohne Nahrung lebt.

Hiemit wäre offenbar jede Schranke aufgehoben, jede Grenze verwischt und müßten z. B. auch die Gutsverwalter als „verbrödete Diener" gelten, von denen doch die Gerichtsordnung ausdrücklich erklärt, daß sie es nicht seien.

Frägt man schließlich nach dem Geiste des Gesetzes, so lassen sich sehr triftige Gründe dafür anführen, warum der Gesetzgeber in diesem Sinne verfügt, beziehungsweise das in diesem Sinne Verfügte beibehalten hat.

Jene Erwägungen des B. v. Schmid hatten auch im Jahre 1822 noch ihre volle Berechtigung und sie werden noch verstärkt durch den höheren Werth, welchen die neuere Gesetzgebung auf Sicherung der Hypotheken legt, und durch den Umstand, daß es jetzt nicht mehr, wie früher gestattet ist, für den Fall eines Uebermaßes an Dienerschaft die Reduktion der Gehalte eintreten zu lassen.

Offenbar müßte es den hypothekarischen Kredit in hohem Grade gefährden, wenn die Bediensteten ieder Art, welche ein leichtsinniger Spekulant in der Absicht, durch schwunghaften Geschäftsbetrieb den drohenden Ruin abzuwenden, etwa bestellt hat, mit ihren sämmtlichen Ansprüchen den übrigen Gläubigern vorgingen.

Unter Umständen könnten die Hypotheken geradezu gegenstandslos werden.

Vorstehenden Erörterungen gemäß steht nun fest, daß nicht alle jene Personen, welche ihren

Digitized by Google

n Lebensunterhalt präsumtiv aus einem Dienst-
ltnisse schöpfen, den Vorrang für ihre Lohn-
rungen beanspruchen können, daß vielmehr ein
:schied zu machen ist zwischen höheren und nie-
Bedienſteten und das Unterscheidungsmerk-
welches den Richter zu leiten und Willkür zu
iten bestimmt, darin zu finden ist, daß der
er im Brode des Herrn stehen muß, um des
lichen Vorranges zu genießen.

Demnach kommt dieser Vorrang allerdings
blos den eigentlichen Dienstboten (dem Haus-
de) zu gut, sondern auch Hauslehrer, Buch-
r und sonstige Bedienstete, welche in ähnlicher
iehung zum Haushalte des Dienstherrn stehen,
Dienstboten, nehmen daran Theil; immer aber
an dem Erfordernisse der Naturalverköstigung
:halten werden.

Schließlich ist dem Einwande zu begegnen, daß
cagliche Unterscheidung auf die jetzigen Verhält-
nicht passe, da die Beziehungen zwischen Dienst-
n und Arbeitern jetzt vielfach anders geregelt
en, als in früherer Zeit. Allein hierin wäre
tens ein Grund zu finden, das Gesetz zu ändern
andere Unterscheidungsmerkmale zu suchen, kei-
lls aber sich willkürlich über das Gesetz hin-
usetzen. — —

Vorstehende Erörterung ist entnommen aus
1 OAGErk. v. 21. Juli 1868 RNr. 640.

Rm.

Digitized by Google

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen.

G. E. hatte, wie er behauptet, dem M. L. und dem A. S. zwei Grundstücke um 2300 fl. abgekauft, wobei festgesetzt wurde, daß der ganze Kaufschilling an den Mitverkäufer M. L. zu entrichten sei.

Dieser Kauf gelangte in Ermangelung notarieller Beurkundung nicht zur Perfektion und nun verlangte G. E. von A. S. den Ersatz von 1150 fl., weil er den ganzen Kaufschilling von 2300 fl. an M. L. bezahlt habe, und von A. S. beauftragt gewesen sei, auch dessen Antheil an den M. L. zu entrichten.

Von der ersten Instanz wurde dem Kläger der Beweis freigelassen, daß er vom Beklagten beauftragt gewesen sei, dessen halben Antheil am Kaufpreise an M. L. zu bezahlen. Bei diesem Beweissatze wurde es, nachdem ihn die zweite Instanz abgestrichen hatte, vom obersten Gerichtshofe belassen, wozu angeführt wurde:

Da der Kaufvertrag wegen Mangels notarieller Beurkundung nichtig ist, so ist selbstverständlich auch die Verabredung, welche über die Zahlung des Kaufschillings bei Gelegenheit des Kaufvertragsabschlusses getroffen wurde, gleich dem Hauptvertrage ungiltig.

Insoferne also die Klage auf die beim Kaufe getroffene Uebereinkunft gestützt ist, erscheint sie unbegründet. Allein der Kläger hat seinen Anspruch

Digitized by Google

gegen den Beklagten auf Rückzahlung der Hälfte des an M. L. gezahlten Kaufschillings zu 2300 fl. auch auf die dem Beklagten zugegangene Bereicherung gestützt, und unter anderem auch durch die Behauptung zu begründen gesucht, daß er auch mit Wissen und Willen und im Auftrage des Beklagten den für die erwähnten Realitäten bestimmten Kaufpreis zu 2300 fl. an M. L. gezahlt habe.

Die von dem Kläger eventuell gestellte Klage ist demnach die condictio sine causa, welche insbesondere auch dazu dient, um dasjenige zurückzufordern, was zur Erfüllung eines nichtigen Geschäftes gegeben wurde.

Hat nun der Kläger, wie behauptet wurde, von dem Beklagten wirklich den Auftrag erhalten, dessen halben Antheil am Kaufschillinge an M. L. zu bezahlen, so ist er ebenso verpflichtet, den Rückersatz der vom Kläger ohne Rechtsgrund geleisteten und von M. L. für den Beklagten angenommenen Zahlung zu leisten, als wenn Kläger an ihn selbst bezahlt hätte.

OAGE. v. 18. Mai 1868 RNr. 357.

Nachschrift des Einsenders. Fast will es scheinen, daß Kläger die Behauptung des ihm vom Beklagten ertheilten Auftrages, dessen Antheil an M. L. zu bezahlen, lediglich aus der bemerkten Kaufsverabredung entlehnt habe.

Wenn aber auch ein solcher Auftrag in späterer Zeit ertheilt, und nun die Sache vom Kläger als besonderer Mandatsvertrag aufgefaßt wurde, so bürgt doch nichts dafür, daß Beklagter hiebei nicht eine bloße Bezugnahme auf die Kaufsverabredung, nicht eine blos wiederholende Hinweisung auf dieselbe, sondern ein neues Rechtsgeschäft im Sinne gehabt habe.

In diesen beiden Fällen wäre aber, wie aus

Digitized by Google

den oberstrichterlichen Gründen von selbst erhellt, die Kondiktion in der Richtung gegen A. S. nicht begründet.

Nimmt man jedoch an, daß Kläger und Beklagter nach der Kaufsverabredung einen besonderen Mandatsvertrag abgeschlossen haben, so entsteht die Frage, ob nicht dieses Geschäft, da es nur in Folge der Kaufsverabredung und nur zum Vollzuge derselben zu Stande gekommen, gleichfalls nichtig wäre?

Nach fr. 178 de reg. jur. (50, 17) scheint diese Frage bejaht werden zu sollen, wonach also die Kondiktion nur gegen M. L. als den Empfänger, und nur unter der Voraussetzung, daß dieser die Hälfte der empfangenen Summe dem A. S. wirklich gutgemacht hätte, gegen diesen gerichtet werden könnte.

Erfieht man aber in jenem Mandatsvertrage ein den Beklagten verbindendes Geschäft, so kann dieser wie ein wirklicher Empfänger doch nur dann angesehen werden, wenn der Kläger den ihm ertheilten Auftrag auch gehörig erfüllt, d. h. an M. L. den ganzen Kaufschilling nicht blos überhaupt bezahlt, sondern auch ausdrücklich beigefügt hat, daß die Hälfte desselben für A. S. erlegt werde.

Ohne solche ausdrückliche Bestimmung hätte nämlich M. L. nur annehmen können, daß ihm in Gemäßheit der Kaufsverabredung bezahlt werde, und er wäre demnach berechtigt gewesen, über das empfangene Geld nach Maßgabe der zwischen ihm und A. S. bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse zu verfügen. Letztere konnten aber von der Art sein, daß dem A. S. nur ein geringerer als halber Antheil, ja daß ihm vom Kaufschillinge gar nichts mehr gebührte, wogegen sich Kläger auf die für Gleichheit der Antheile streitende Rechtsvermuthung sicher nicht berufen könnte, da es sich bei ihm um Erfüllung eines bestimmten Auftrages handelte.

Digitized by Google

Es kann demnach, wenn die Summe von 1150 fl. nicht ausdrücklich für A. S. erlegt und für diesen von M. L. vereinnahmt wurde, eine Bereicherung des A. S. mit Bestimmtheit nicht ersehen, folglich auch die Kondiktion in der Richtung gegen diesen nicht als begründet angenommen werden.

Rm.

2.

Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung.

(Bl. f. RA. Bd. IV S. 319, Bd. XIII S. 223, Bd. XVIII S. 153.)

Laut Vertrages vom 3. Oktober 1865 hat sich F. G. auf dem von ihm an A. E. verkauften Anwesen bezüglich eines Kaufschillingsbetrages von 3000 fl. das Eigenthum vorbehalten und zugleich für einen weiteren Kaufschillingsbetrag von 2086 fl. Hypothek auf demselben Anwesen stipulirt. Am 20. Oktober 1865 wurde der Käufer A. E. als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen und wurde dort in der II. Rubrik zugleich vorgetragen, daß F. G. sich bis zur Bezahlung von 3000 fl. das Eigenthum vorbehalten habe und der Käufer das Anwesen weder veräußern noch verpfänden dürfe. Auf den Grund dieses Verhältnisses verlangte F. G. in der Gant des A. E. die Zuerkennung des Separationsrechtes bezüglich dieser 3000 fl., wurde jedoch oberstrichterlich abgewiesen. In den Gründen wird gesagt:

Es ist eine bestrittene Frage, ob nach den Bestimmungen des bayerischen Hypothekengesetzes und bzw. der Prioritätsordnung ein solcher Vorbehalt regelmäßig die Wirkung habe, den Eigenthumsübergang auf den Käufer zu suspendiren und dem Ver-

Digitized by Google

käufer daher für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillinges das Separationsrecht im Konkurse zu verleihen, oder ob dessen Wirkung sich auf eine Beschränkung der Disposition des Käufers bezüglich weiterer Veräußerung und Verpfändung reduzire.

Hier braucht jedoch auf eine Erörterung dieser Streitfrage nicht eingegangen zu werden; denn dieser Vorbehalt steht hier nicht allein, sondern es wurde dem Verkäufer vom Käufer auch noch eine Hypothek für einen Theil des Kaufschillinges auf dem verkauften Anwesen stipulirt. Dieß läßt mit Sicherheit annehmen, daß die Kontrahenten nur einen Eigenthumsvorbehalt im letzteren Sinne, nämlich in dem einer einfachen Dispositionsbeschränkung, festsetzen wollten. Nach der allgemeinen Bestimmung des fr. 45 pr. de div. reg. jur. (neque pignus rei suae consistere potest) kann Niemand an einer eigenen Sache ein Pfandrecht haben; unter die Ausnahmsfälle, von welchen in der Revisionsschrift (unter Berufung auf Windscheid, Pand.-R. Bd. I §. 248 Note 27) die Rede ist, kann das vorliegende Rechtsverhältniß nicht gerechnet werden. Denn dort ist ein Pfandrecht eigenthümlicher Art in Frage, welches dem Eigenthümer das negative Recht gibt, Andere von der Befriedigung aus einem bestimmten Theile der betreffenden Sache auszuschließen. Hier handelt es sich um eine durch eine gewöhnliche Hypothek gesicherte Forderung an den neuen Erwerber der verpfändeten Sache, an welchen der Eigenthumsbesitz übertragen worden ist. Eben so unrichtig ist die revidentische Behauptung, die Verpfändung habe hier nur eine eventuelle Bedeutung, nämlich nur für den Fall, daß der Verpfänder in Zukunft das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerben sollte. Von einer solchen Eventualität ist weder im Vertrage vom 3. Okt. 1865

Digitized by Google

noch in dem darauf gebauten Hypothekenbuchseintrage die Rede.

An dem oben erwähnten Grundsatze des gemeinen Rechtes hat auch das bayerische Hypothekengesetz festgehalten, indem es in §. 1 unter den Begriffsmerkmalen einer Hypothek als Objekt einer solchen eine fremde unbewegliche Sache aufführt. Das Gesetz hat auch an keiner Stelle, wo vom Eigenthumsvorbehalte die Rede ist — §. 5 Abs. 1, §. 15 Abs. 2, §. 99 Ziff. 2, §. 137 — die Zulässigkeit einer Hypothek an der eigenen Sache auch nur angedeutet, es faßt überhaupt den Eigenthumsvorbehalt, der beim Verkaufe einer Sache zur Sicherung des Kaufschillinges stipulirt wurde, lediglich als Sicherungsmittel und Dispositionsbeschränkung auf, nicht aber als Hinderniß des Eigenthumsüberganges an den Käufer (Gönner Komm. Bd. I S. 127 ff., S. 226). Die Argumentation der Revisionsschrift, daß, wenn das Hypothekengesetz dem Eigenthumsvorbehalte nur die Wirkung einer Dispositionsbeschränkung hätte beilegen wollen, es die Eintragung desselben in der II. Rubrik hätte verbieten müssen, weil es keinen Sinn habe, auf der einen Seite den Eintrag des vorbehaltenen Eigenthumes zu gestatten, und auf der anderen Seite zu bestimmen, daß durch diesen Eintrag die Rechte des Eigenthumes nicht vorbehalten würden, ist falsch. Denn die Dispositionsbeschränkungen sind nach §. 136 Ziff. 4 des Hyp.-Ges. in die II. Rubrik des Hyp.-Buches einzutragen, und es kann kein Widerspruch darin gefunden werden, einem Eigenthumsvorbehalte zu Gunsten des früheren Besitzers, welcher nur die Bedeutung hat, dem neuen Erwerber einzelne der mit dem Eigenthume verknüpften Rechte temporär zu entziehen, die Wirkung der Suspension aller Eigenthumsrechte zu versagen.

Digitized by Google

Mit Unrecht bezieht sich ferner Revident auf den §. 24 der Instr. zum Hypothekengesetze; dieser spricht vielmehr zu Ungunsten des Revidenten; denn er faßt den bei Verkäufen zur Sicherung des Kaufschillinges stipulirten Eigenthumsvorbehalt lediglich als Dispositionsbeschränkung bezüglich weiterer Verpfändungen auf und dies ist der Grund, weshalb er die gleichzeitige Einschreibung einer Hypothek anordnet.

Nach der bisherigen Erörterung ist demnach nicht zu bezweifeln, daß die Kontrahenten im Vertrage vom 3. Okt. 1865 bei Stipulirung des kritischen Eigenthumsvorbehaltes in Verbindung mit der gleichzeitigen Konstituirung einer Hypothek nichts Anderes im Sinne hatten, als die Schaffung einer Dispositionsbeschränkung bezüglich späterer Veräußerungen oder Verpfändungen, wonach also der Separationsanspruch als ungegründet erscheinen muß.

OAGErk. v. 8. Juni 1868 RNr. 367.

Rm.

3.

Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen Vergleiches.

Oberstrichterliche Gründe sagen hierüber:

In der Revision wird auszuführen gesucht, daß der fragliche Vergleich, weil er von einem Civilrichter protokollirt worden ist, alle Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches habe und nach Art. 12 des Ger.-Verf.-Ges. vom 1. Juli 1856

Digitized by Google

echtskräftigen Urtheile gleichstehe, aus wel-
fort auf Exekution angerufen werden könne.
dieſe Ausführung iſt deshalb nicht richtig,
ırch rechtskräftiges Erkenntniß bereits feſt-
ıß der am 22. November 1865 vor dem k.
ichte L. abgeſchloſſene Vergleich nicht vor
ſtändigen Prozeßrichter oder dem durch Pro-
begründeten Prozeßgerichte errichtet worden
ieſem nur vor einem Vermittlungsamte er-
Vergleiche ſteht aber die rechtliche Wirk-
ıes gerichtlichen Vergleiches, d. h. eines
iftigen Erkenntniſſes, nicht zu, ſondern er hat
Kraft eines außergerichtlichen Uebereins-
3.
eſes außergerichtliche Uebereinkommen hatte
Immobile zum Gegenſtande, weshalb nach
des Notariatsgeſetzes zu deſſen Giltigkeit
arielle Beurkundung des Vergleiches noth-
war.
dieſer notariellen Beurkundung des Ver-
hatten ſich beide Theile in dem Protokolle
. November 1865 ausdrücklich verpflichtet.
e jedoch nicht erfolgt iſt, ſo iſt dieſer außer-
he Vergleich niemals rechtswirkſam gewor-
kann aus demſelben eine Einrede gegen den
ſpruch nicht abgeleitet werden.

AGE. v. 3. Juli 1868 RNr. 522.

Rm.

---

r. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Digitized by Google

Beilage zu Nr. 9 des Bandes XXXIII der Blätter für Rechtsanwendung.

Der Rechtsbestand der fürstlich Thurn und Taxis'schen Gerichte zu Regensburg in einem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse anerkannt.

Vgl. Bd. XXXII S. 165 und Beil. zu Nr. 26.

Das k. Oberappellationsgericht hat in einem Erkenntnisse vom 11. Jan. 1867 (a. a. O. S. 165) den faktischen Fortbestand der Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg für ungesetzlich erklärt[1]). Eine gleiche Entscheidung erfolgte von Seite des k. Bezirksgerichtes Regensburg am 13. Dez. 1867, als einer persönlichen Klage, welche gegen einen in Regensburg domicilirenden Diener des genannten Herrn Fürsten bei dem Bezirksgerichte angebracht worden war, die Einrede des unzuständigen Gerichtes entgegengesetzt wurde.

Auf Berufung des Beklagten hat aber das zuständige Appellationsgericht durch Erkenntniß vom 20. März 1868 unter Abänderung des bezirksgerichtlichen Bescheides die gerichtsablehnende Einrede aus nachstehenden Motiven für begründet erklärt:

„Der Beklagte bekämpft den Ausspruch unter Ziff. 1 des vom k. Bezirksgerichte Regensburg am 13. Dez. v. J. erlassenen Bescheides aus dem Grunde, weil er mit seiner Einrede des unzuständigen Gerichtes nicht gehört, sondern zur Streitseinlassung verurtheilt wurde.

Die gerichtsablehnende Einrede des Beklagten kann aber ungeachtet der vom Erstrichter dagegen geltend gemachten Gründe nicht für verwerflich er-

[1]) Aus den gleichen Gründen, wie im oben angeführten Erkenntnisse, hat der oberste Gerichtshof ebenso erkannt am 4. Febr. 1868 (RNr. $1106^{66}|_{67}$). Anm. des Herausgebers.

Digitized by Google

achtet werden. Zweifellos und notorisch ist es, daß die fürstlich Taxis'schen Civilgerichte zur Ausübung der Civiljurisdiktion über die fürstlichen Bediensteten und deren Hausgenossen, wie sie dem Herrn Fürsten von Thurn und Taxis vom Fürsten Primas als damaligem Landesherrn zu Regensburg durch Urkunde vom 27. Dez. 1806 verliehen und nach dem Uebergange dieser Stadt an die Krone Bayern durch allerhöchste k. Deklaration vom 27. März 1812 bestätigt und geregelt worden war, auch seit dem 1. Juli 1862 wie früher, nur mit veränderter, den Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 10. Nov. 1861 entsprechender Organisation fortbestehen und ihr Amt bis zur Stellung der gegenständigen Klage von keiner Seite beanstandet ausgeübt haben.

Daß diese Gerichte aber nicht von Unrechtswegen bestehen, sondern zur Ausübung der Jurisdiktion in dem früheren Umfange berechtigt seien, muß zuverlässig vermuthet werden, da die Staatsregierung, weit entfernt, die dem Herrn Fürsten verliehene Gerichtsbarkeit einzuziehen, deren Ausübung auch nach dem 1. Juli 1862 ausdrücklich genehmigt hat, er also in deren Besitze sich befindet.

Soferne übrigens die Kompetenzprüfung in vorliegender Streitsache nicht auf die Erwägung, ob der Beklagte wirklich unter die, kraft der erwähnten Verleihungsurkunden, der fürstlichen Jurisdiktion untergebenen Personen zähle oder nicht oder ob nicht eine (wie die Ehe-, Handels- und Bergrechtsstreitigkeiten) besonders organisirten Spezialgerichten zugewiesene Sache vorliege, sich zu beschränken, sondern auch auf die Untersuchung der Frage zu erstrecken haben sollte, ob die thatsächlich und mit Wissen und Genehmigung der Staatsregierung mit ihrem früheren Wirkungskreise fortbestehenden fürstlichen Gerichte nicht rechtlich zu bestehen aufgehört

Digitized by Google

haben und gesetzlich aufgehoben seien, so stehen einer Bejahung dieser Frage immerhin überwiegende Bedenken entgegen.

Gewiß ist, daß die vom Herrn Fürsten von Thurn und Taxis über seine Bedienstete und deren Hausgenossen ausgeübte Civilgerichtsbarkeit weder als standes- noch als gutsherrliche angesehen werden kann. Die gutsherrliche Gerichtsbarkeit hatte einen adeligen Gutsbezirk und ein Grundbarkeitsverhältniß der Gerichtsholden zum Gerichtsherrn zur Voraussetzung; die standesherrliche Jurisdiktion war den mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren in ihrem früheren Gebiete über ihre ehemaligen Unterthanen reservirt worden.

Ihrer Entstehung und Natur nach von beiden verschieden ist die fragliche Civilgerichtsbarkeit des Herrn Fürsten von Taxis. Dem Fürsten Karl Alexander, welcher die Jurisdiktion über seine Hofbediensteten zu Regensburg als Prinzipalkommissarius am Reichstage kraft des den Gesandten zustehenden Exterritorialrechtes ausgeübt hatte, wurde, nachdem in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 Regensburg seine Reichsunmittelbarkeit verloren hatte und mit den Besitzungen des dortigen Hochstiftes als Entschädigung für das abgetretene Großherzogthum Toskana dem Fürsten Primas und Erzkanzler zugefallen war, von diesem nunmehrigen Landesherrn der genannten Stadt der Fortgenuß jener Jurisdiktionsrechte dafür zugestanden, daß er, damals noch ein reichsständischer vom Fürsten Primas unabhängiger Fürst, der seinen Hof und die oberste Verwaltung seiner Domanialgüter und Posten auf eine seiner Besitzungen oder in ein anderes Staatsgebiet hätte verlegen können, seinen Aufenthalt und seine Hofhaltung in Regensburg fortzusetzen beschloß.

Gleichfalls mit Rücksicht auf diesen Aufenthalt

Digitized by Google

wurde ihm, als er in Folge der Rheinbundsakte vom 12. Juli 1806 mit seinen an der Nordseite des Herzogthumes Neuburg gelegenen Besitzungen der königl. bayerischen Souverainität subjizirt worden und Regensburg durch den Vertrag mit Frankreich vom 28. Febr. 1810 an die Krone Bayern übergegangen war, die fragliche Civilgerichtsbarkeit auch vom neuen Souverain bestätigt. Er verdankte sie daher nicht dem Besitze seiner Standesherrschaften; sie erstreckte sich nicht auf Grundholden oder vormalige Gutsunterthanen, — sie wurde ihm vom Landesherrn der durch das Aufhören des Reichstages schwer geschädigten Stadt Regensburg als Entgelt für seine Niederlassung daselbst mit seinem Hofe und seinen obersten Verwaltungsbehörden und für die der Stadt dadurch zugehenden vielfachen Vortheile verliehen, und zwar lediglich über seine Bediensteten und ihre Hausgenossen, deren Aufenthalt in Regensburg von seiner Niederlassung daselbst abhing und welche dadurch, daß sie in seine Dienste traten, freiwillig seiner Jurisdiktion sich unterwarfen.

Während daher die staatsrechtlichen Verhältnisse, die Vorzüge und Rechte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis als Standesherrn und insbesondere seine Jurisdiktionsrechte auf seinen Besitzungen, gleich denen der übrigen mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren, durch die allerhöchste k. Deklaration vom 19. März 1807 geregelt wurden, wurden die Rechte und Verfügungen, welche in Rücksicht auf sein Domizil in der Stadt Regensburg ihm und seiner Dienerschaft zustehen sollten, insbesondere auch seine Jurisdiktionsrechte über letztere durch eine eigene allerhöchste Deklaration vom 27. März 1812 näher bestimmt, woraus sich klar ergibt, daß es sich hier um keine standes- oder gutsherrliche, sondern um eine besondere Gerichtsbarkeit handelt, welche dem

Digitized by Google

Herrn Fürsten vom Landesherrn durch ein privilegium conventionale außer seinen Besitzungen über sein Dienstpersonal verliehen worden ist.

Abgesehen nun von der Frage, ob dieses vom Regenten nicht dem Fürsten Karl Alexander für seine Person, sondern nach dem ganzen Inhalte der Deklaration vom 27. März 1812, gleich den übrigen, durch die Deklaration vom 19. März 1807 gewährten Vorzügen und Rechten als Haupt des fürstlichen Hauses für eine Gegenleistung zugestandene Privilegium widerrufen werden konnte, so ist jedenfalls gewiß, daß dasselbe bis jetzt in der That nicht widerrufen, daß die fürstliche Gerichtsbarkeit weder von der Staatsregierung eingezogen, noch gesetzlich aufgehoben worden ist.

Obgleich die Verfassungsurkunde von 1818 unter den einzelnen Staatsangehörigen und Standesklassen zugesicherten Vorzügen und Rechten (Tit. V mit Beil. IV und VI) nur die oben näher qualifizirte standes- und gutsherrliche Gerichtsbarkeit, nicht auch die dem Herrn Fürsten von Taxis noch speziell eingeräumte anführt und im Tit. VIII §. 1 bestimmt, daß die Gerichtsbarkeit vom Könige ausgehe, wurden die fürstlichen Gerichte zu Regensburg auch seit 1818 ungehindert in ihrer bisherigen Wirksamkeit belassen und als gegen die rechtliche Giltigkeit dieses Fortbestehens nach dem Tode des Fürsten Karl Alexander Zweifel angeregt und der allerhöchsten königlichen Entscheidung unterstellt wurden, erfolgte am 26. Nov. 1830 allerhöchste Entschließung dahin, daß Seine Majestät der König keinen Grund fänden, die Deklaration vom 27. März 1812 für ungiltig oder aufgehoben zu erachten, wornach sich von selbst verstehe, daß die fürstlichen Gerichte fortzubestehen haben, — ein sicherer Beweis, daß von der Staatsregierung diese Jurisdiktion als dem fürstlichen Hause aus einem Privatrechts-

Digitized by Google

:el, neben der ſtandes- und gutsherrlichen Ge-
htsbarkeit auf ſeinen ehemaligen Beſitzungen und
ı erworbenen adeligen Gütern, zuſtehend aner-
ınt wurde.

Eben aber, weil ſie von der ſtandes- und guts-
:rlichen Gerichtsbarkeit völlig verſchieden iſt und
ȝ eine auf einem Vertragsverhältniſſe zum Landes-
:rn beruhende Privatgerichtsbarkeit ſich darſtellt,
ınte ſie auch durch die Beſtimmung im Art. 1
ȝ Geſetzes vom 4. Juni 1848, wonach die ſtan-
ȝ- und gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf den Staat
erzugehen hatte, nicht betroffen werden. Sie
ırde auch thatſächlich nicht davon berührt;
rch höchſtes Juſtizminiſterial-Reſkript vom 18. No-
mber 1848 wurde vielmehr angeordnet, daß die
:ſtlichen Civilgerichte erſter und zweiter Inſtanz
ht aufzulöſen ſeien, ſondern in ihrem bisherigen
irkungskreiſe bis zu ihrer giltigen Aufheb-
ıg fortzubeſtehen haben, was auch vor dem
Juli 1862 geſchah, ohne daß ſelbſt vom oberſten
:richtshofe die Giltigkeit der Rechtsakte und Ent-
eidungen derſelben in Widerſpruch gezogen wurde.

Dieſes Fortbeſtehen der fürſtlichen Gerichtsbar-
t war um ſo mehr rechtlich begründet, als die
Regierungsblatte publizirte, mehrfach erwähnte
eklaration von 1812, wodurch ſie beſtätigt wurde,
ȝ ein Spezialgeſetz erſcheint, wodurch von der in
m organiſchen Edikte über die Gerichtsverfaſſung
m 24. Juli 1808 aufgeſtellten Regel, daß alle
deren Gerichtsbehörden außer den durch das Edikt
ſchaffenen oder beſtätigten königlichen, ſtandes- und
tsherrlichen Gerichten aufhören ſollten, wieder
ıe Ausnahme ſtatuirt worden war und daher nach
m Rechtsgrundſatze, daß ein Spezialgeſetz oder
ivilegium durch ein folgendes Generalgeſetz nicht
fgehoben werde, durch den im Geſetze vom
Juni 1848 ausgeſprochenen Uebergang der ſtan-

Digitized by Google

des- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden konnte.

Es läßt sich aber auch nicht annehmen, daß die Aufhebung der fürstlichen Gerichte in Regensburg durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. November 1861 erfolgt sei.

Zweck und Veranlassung dieses Gesetzes war nach seinem Eingange die durch die Trennung der Verwaltung und Rechtspflege nothwendig gewordene Aenderung der Gerichtsverfassung durchzuführen. Da aber die Verwaltung mit der Rechtspflege überhaupt nur bei den k. Landgerichten, niemals bei den fürstlichen Gerichten in Regensburg vereinigt gewesen war, so leuchtet es ein, daß nur die Aenderungen in der Verfassung der königlichen Gerichte festgestellt wurden. Das Gesetz ordnet daher eben nur die Organisation und den Wirkungskreis der königl. Gerichte und zwar zunächst der künftig gleichgestellten Stadt- und Landgerichte, der Bezirksgerichte, deren Wirkungskreis verändert wurde, dann wegen der hiedurch bedingten Aenderungen im Instanzen- und Aufsichtsverhältnisse der k. Appellationsgerichte und des k. Oberappellationsgerichtes, endlich der für gewisse Spezialitäten von Rechtsstreitigkeiten bestimmten besonderen Gerichte. Der Art. 76 Abs. 1 des Gesetzes, welcher bestimmt, daß die dermal bestehenden allgemeinen, so wie die im Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte aufgehoben seien, kann daher nur auf die allgemeinen k. Gerichte, die durch die vom Gesetze geschaffenen neuen ersetzt wurden, und auf die für spezielle Rechtssachen bestimmten besonders zusammengesetzten Gerichte bezogen werden. Die in Frage stehenden fürstlichen Gerichte, welche der Kategorie solcher besonderen Gerichte nicht beigezählt werden können, weil die von ihnen behandelten Rechtssachen von denen, die den k. Unter- und Bezirksgerichten

Digitized by Google

zugewiesen sind, sich nicht unterscheiden, werden daher von der erwähnten Gesetzesbestimmung und überhaupt von diesem Gesetze nicht berührt.

Das auf einem vertragsmäßigen Privilegium beruhende Gerichtsbarkeitsrecht des fürstl. Hauses konnte nicht durch eine allgemeine, die Verfassung der k. Gerichte betreffende Gesetzesbestimmung, ohne daß auch nur die Unverträglichkeit dieses Rechtes mit dem öffentlichen Wohle mit einem Worte in Erörterung gezogen worden wäre, sondern nur durch einen speziellen Ausspruch des Gesetzgebers unter gleichzeitiger Festsetzung der für die Einziehung zu leistenden Entschädigung eingezogen werden. Die einschlägigen Landtagsverhandlungen lassen auch nicht bezweifeln, daß der Gesetzgeber bei dem Erlasse des Gesetzes vom 10. November 1861 die Aufhebung der fürstlichen Gerichtsbarkeit wirklich nicht aussprechen wollte. Nicht nur machen die Motive zum Gesetzes-Entwurfe von dieser Aufhebung und ihrer Nothwendigkeit keine Erwähnung, sie wurde auch bei der Berathung des Gesetzes durch die Kammern nur in der Kammer der Reichsräthe und zwar in einem für den Fortbestand der fürstlichen Gerichtsbarkeit sprechenden Sinne angeregt, indem der Minister der Justiz auf die Interpellation eines Reichsrathes: ob unter den nach Art. 76 des Gesetzes aufzuhebenden Gerichten auch die fürstlichen in Regensburg zu verstehen seien? die Erklärung abgab, daß die fürstliche Gerichtsbarkeit, als auf der allerhöchsten Deklaration von 1812 beruhend, nach ihrer Entstehung und der Art ihrer Wirksamkeit vollständig von der durch das Gesetz von 1848 aufgehobenen standes- und gutsherrlichen sich unterscheide und sonach unberührt von diesem Gesetze fortbestehe, welcher Erklärung er die weitere folgen ließ, daß es sich bezüglich des künftigen Fortbestandes dieser Gerichte vor Allem darum handle, ob sie eine Or-

Digitized by Google

ganisation erhalten, welche es möglich mache, den Bestimmungen der jetzt der Berathung unterliegenden Gerichtsverfassung zu entsprechen, in welcher Beziehung von Seite der Staatsregierung Unterhandlungen angeknüpft seien.

Hienach sprach sich aber der eine Faktor der Gesetzgebung, die k. Staatsregierung, so deutlich als möglich dafür aus, daß der Art. 76 die fürstlichen Gerichte in Regensburg nicht berühre, und daß sie bei entsprechender Aenderung jener Organisation, nach Maßgabe der den k. Gerichten zu gebenden, ihren Fortbestand haben sollten. Wenn nun die erste Kammer unter dem Einflusse dieser Erklärung und ohne alle Einwendung dagegen den Art. 76 des Gesetzes genehmigte und auch in der II. Kammer weder bei der früheren Berathung des Art. 76, noch auch, nachdem der Gesetzesentwurf aus der Kammer der Reichsräthe zur nochmaligen Berathung zurückgelangt war, bei dieser eine Stimme für die Aufhebung der fürstl. Gerichte sich erhoben hat, so muß doch wohl angenommen werden, daß die drei Gesetzgebungsfaktoren über die Tragweite des Art. 76 im Sinne der Staatsregierung einverstanden waren und daß es keineswegs in deren Absicht lag, ein von dem Gesetze vom 4. Juni 1848 unberührt gebliebenes Ausnahmsgesetz — die allerhöchste Deklaration von 1812 — ohne rechtsförmliche Initiative dazu und ohne Abstimmung der Kammern über die Nothwendigkeit und die für das eingezogene Recht zu gewährende Entschädigung bei dieser Gelegenheit zu beseitigen.

Da nun die fürstl. Civilgerichte I. und II. Instanz, wie die Bekanntmachung im Justizministerialblatte von 1863 S. 83 ergibt, die entsprechende Organisation erhalten haben, so läßt sich nach dem Erörterten immerhin nicht annehmen, daß sie von Rechtswegen nicht mehr bestehen; vielmehr muß sich

Digitized by Google

dafür ausgesprochen werden, daß von Seite der Gesetzgebung der entscheidende Schritt zu ihrer Auflösung noch nicht geschehen ist, wenn auch zugegeben werden muß, daß der für die Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Jurisdiktion bestandene Grund, — die Konsolidation aller Gerichtsbarkeit in den Händen des Staates — in nicht geringerem Maße auch bezüglich der dem fürstlich Taxis'schen Hause verliehenen exzeptionellen Gerichtsbarkeit anwendbar gewesen wäre.

Sind aber diese Gerichte hienach zur Verhandlung und Verbescheidung gegen fürstl. Bedienstete gerichteter Klagen noch fortwährend berechtigt, so stellt sich die vom gegenwärtigen Beklagten, der zugegebenermaßen als fürstlich Thurn- und Taxis'scher Beamter angestellt ist und zu Regensburg domizilirt, der von der N. gestellten persönlichen Klage opponirte gerichtsablehnende Einrede als begründet dar, und war demnach unter Abänderung des angefochtenen Bescheides auszusprechen: der Beklagte sei auf die Klage der N. vor dem k. Bezirksgerichte sich einzulassen, nicht schuldig."

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868. Samstag, den 9. Mai. Nr. 1.

Umfassender Kommentar zum Wehrgesetz.

Ein solcher aus fachkundiger bewährter Feder unter dem Titel

Gesetz vom 30. Januar 1868,
die

Wehrverfassung

betreffend.

Mit Erläuterungen
von

M. Stenglein,
k. Staatsanwalt

ist so eben im Erscheinen begriffen, um als Bestandtheil der kommentirten **„Gesetzgebung Bayerns"** wie auch als besonderes Werk so rasch als möglich ausgegeben zu werden. Heft 1 (Preis 36 kr. rhn. oder 12 Ngr.) liegt in jeder Buchhandlung auf.

Erlangen, den 7. Mai 1868.

Palm & Enke.

Bei **Mey & Widmayer in München** ist erschienen und sowohl direkt als durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Administrationskarte von Bayern von Heyberger mit Zugrundlegung von Hammer's Bayern, voller Farbendruck, 2 große Blätter. Preis in plano 2 fl. 24 kr. — aufgez. in eleg. Etui 3 fl. 36 kr. — aufgezogen auf Leinwand, gefirnißt und mit schwarzgold. Stäben 4 fl. 24 kr.

Die Karte ist für jedes Büreau passend und ermöglicht durch den Farbendruck das schleunige Auffinden jedes Bezirksgerichts ꝛc. und dürfte gewiß von allen königl. Aemtern, Advokaten, Notaren ꝛc. willkommen geheißen werden, da noch keine ähnliche Karte des Landes vorhanden ist.

Digitized by Google

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Im Verlage der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung in Würzburg ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

PROTOKOLLE

der Kommission zur Berathung eines **allgemeinen deutschen**

Handelsgesetzbuchs.

Im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von **J. v. Lutz**, k. b. Ministerialrath und erstem Sekretär der Kommission.

Beilagenband 8. Heft. Dasselbe enthält: **die sämmtlichen deutschen Einführungsgesetze mit Sachregistern.** 1867. 19½ Bogen in Lex.-8. Preis fl. 2. 20. oder Thlr. 1. 10. **(Als Schluß des Ganzen erscheint noch ein ausführliches, sämmtliche Bände und Beilagen umfassendes Sachregister.)**

Inhalt der sämmtlichen Bände: I. und II. **Band:** Handelsrecht 1. und 2. Lesung. IV. bis VI. **Band:** Seerecht 1. Lesung. VII. **Band:** Seeassekuranzrecht. VIII. **Band:** Seerecht 2. Lesung. IX. **Band:** Handelsrecht 3. Lesung. — **Registerband.** — **Beilagenband:** I. **Theil** (1—4. Heft): Preuß. Entwurf, österreichische Entwürfe, Handelsgesetzentwurf 1. und 2. Lesung, Entwurf des österreichischen Privatseerechtes, preuß. Entwurf über Versicherung und Seehandel, Entwurf des Seerechts 1. Lesung. II. **Theil** (5. und theilweise 6. Heft): Handelsgesetzbuch 3. Lesung nebst Sachregister dazu. III. **Theil** (Schluß des 6. Heftes, 7. u. 8. Heft): Die sämmtlichen deutschen Einführungsgesetze mit Sachregistern.

Preis complet fl. 46. 48. oder Thlr. 27. —. Bei Baarbezug entsprechender Rabatt.

Diejenigen Abnehmer der Protokolle, welche sich für das Seerecht nicht interessiren, können die auf das Handelsrecht bezüglichen Bände und zwar die Bände I — III, IX. dann den **Registerband** und **Beilagenband** separate um den Preis von fl. 30. 24. oder Thlr. 17. 12 Sgr. beziehen.

Ferner erschien in demselben Verlage als Separat-Abdruck aus den Protokollen

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Offizielle Ausgabe in 8.

I. **Theil** (Handelsgesetzbuch III. [endgültiger] Lesung. Preis fl. 1. oder 18 Sgr.

II. **Theil** (Sachregister zum Handelsgesetzbuche und die sämmtlichen Einführungsgesetze der deutschen Staaten mit Sachregistern). Preis fl 3. 30. oder Thlr. 2. —.

Ferner erschien soeben das **2. Heft** der **Taschenausgabe** der

Digitized by Google

Sammlung der Einführungsgesetze sämmtlicher deutscher Staaten
zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Nebst Inhalts-Verzeichniß und ausführlichem Sachregister. 2 Hefte. Preis jedes Heftes 42 kr. oder 12 Sgr. Das Sachregister erscheint mit dem 3. (Schluß-) Hefte.

Soeben erschien bei mir und versende ich auf frankirtes Verlangen gratis und franco:

Katalog I.
von
Werken aus dem Gesammtgebiete
der
Rechts- und Staatswissenschaft.
4 Bgg 8. über 1600 Nos.

Dieser Katalog enthält in system. Anordnung eine große Anzahl werthvoller und gesuchter Werke zu billigen Preisen, und dürfte in demselben wohl für jeden Juristen etwas Erwünschtes zu finden sein.

Ich verbinde hiermit die Anzeige, daß ich stets bestrebt, mein Lager durch neue Ankäufe zu ergänzen, ganze Bibliotheken, sowie einzelne Werke von Werth zu möglichst hohem Preise kaufe resp. in Tausch annehme, und bitte ich bei Vorkommen um gütige Anträge.

Besonders der Jurisprudenz widme ich große Sorgfalt und bemühe mich, die wichtigeren Werke aus allen Zweigen dieser Wissenschaft jeder Zeit auf Lager zu halten, um so die Herren Juristen, welche mich mit ihrem Vertrauen beehren, immer auf das Schnellste und Billigste bedienen zu können.

Theodor Ackermann,
Buchhandlung u. Antiquariat
Promenadeplatz 10. München.

Bamberg, Verlag der **Buchner'schen Buchhandlung**, zu beziehen durch alle Buchhandlungen; so eben neu erschienen:

Bayerns Gesetze und Gesetzbücher,
privatrechtlichen und strafrechtlichen Inhaltes.
II. Ergänzungsband, 1—3. Lieferung à **30** kr. Subscriptionspreis.

☞ Dieser **II. Ergänzungsband** wird in circa 6—7 Lieferungen bis Ende 1867 vollständig erscheinen und nicht allein eine Anzahl wichtiger älterer (noch gültiger) Verordnungen, sondern auch

Digitized by Google

sämmtliche neueren und neuesten hier einschlagenden allerhöchsten Anordnungen und Bestimmungen enthalten. Die in Aussicht stehende **Socialgesetzgebung**, sowie alle betreffenden neuen Gesetze des gegenwärtigen Landtages wird s. Z. der **III. Ergänzungsband** bringen.

In der C. H. Beck'schen Buchhandlung in Nördlingen ist soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Sammlung der Erkenntnisse über Kompetenz-Konflikte

zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden und der **oberstrichterlichen Plenar-Beschlüsse** in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, systematisch geordnet von **J. Hofer**, Rechtsanwalt. 8. $12^{3}/_{4}$ Bogen. Geh. Preis 1 fl. 21 kr.

Vorliegendes Sammelwerk hat den besonderen Vorzug, daß es sämmtliche bis zum 1. Mai d. J. erschienene Erkenntnisse über Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden in kurzen Auszügen und systematischer Ordnung enthält. Der Verfasser sagt in seinem Vorworte: „Der administrative und Civilprozeß sind zwei Wege, von denen jeder Zeit und Geld kostet, es ist daher wichtig, gleich beim Beginne den rechten Weg zu betreten." Es ist in demselben ein höchst praktischer Wegweiser gegeben und deßhalb nicht nur jedem Juristen, sondern auch den Gemeinde- und Stiftungs-Verwaltungen zu empfehlen, da ein großer Theil der darin enthaltenen Erkenntnisse sich auf Gemeinde- und Stiftungsangelegenheiten bezieht.

Glück's Kommentar 46. Thls. 1. Abthg.

aus der Feder des Herrn Rea-Rath Prof. Dr. Arndts ist Ende vorigen Jahres erschienen und um 1 fl. 40 kr. rhn. oder 1 Thlr. preuß. durch jede Buchhandlung zu beziehen. Die 2. Abtheilung folgt baldigst, während ein Registerband über die Bände 35—45 (Preis 1 fl 40 kr. rhn. oder 1 Thlr. preuß.) vor einigen Wochen veröffentlicht wurde. Um der Verbreitung des verdienstvollen Werkes kräftigen Vorschub zu leisten, eröffnete die Verlagshandlung laut durch jede Buchhandlung zu erhaltendem Prospekte eine Subskription, welcher zufolge neben anderweitigen Erleichterungen die früher erschienenen 45 Bände nebst 3 Registerbänden zu **1 fl. rhn.** pro Band auf einmal oder in verschiedenen Fristen bezogen werden können, und erlauben wir uns auf diese bereits vielfach gewürdigte sehr billige Ausgabe besonders hinzuweisen.

Erlangen, im März 1868. **Palm & Enke.**

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868. Samstag, den 26. September. Nr. 2

Die Verlagshandlung der Blätter für Rechtsanwendung hat so eben über die Bände XXI—XXX (Band I—X der neuen Folge) ein

alphabetisches und systematisches Register

veröffentlicht, welches zum Preise von 1 fl. 48 kr. rhn. oder 1 Thlr. 6 Sgr. durch jede Buchhandlung zu erhalten ist.

☞ Diejenigen Herren, welche die Blätter f. RA. **durch die k. Post** beziehen, belieben ihre Bestellung auf dieses zum Gebrauch der Zeitschrift unentbehrliche Register der nächstgelegenen Buchhandlung zu übertragen; auch erbietet sich die Verlagshandlung zur portofreien Uebersendung gegen frankirte Zustellung des erwähnten Betrages in Briefmarken oder mittelst Posteinzahlung.

Die früher erschienenen beiden Register über Band I—XX sind noch um 3 fl. rhn. od. 1 Thlr. 26 Sgr. zu haben.

In Fues's Verlag (L. W. Reisland) in Leipzig erschien:

Die

Verfassungsgesetze
des Königreichs Sachsen.

Für den Handgebrauch zusammengestellt

von

Professor Dr. Ad. Nissen.

17 Bogen. Brochirt. Preis 20 Ngr.

Die unser öffentliches Leben betreffenden Gesetze sind über eine lange Reihe von Jahrgängen der Gesetzsammlung verstreut und müssen mit ihren Zusätzen und Abänderungen zusammengesucht werden. In dieser Zusammenstellung der wichtigsten Gesetze sind dieselben hinsichtlich der Orthographie und Interpunction diplomatisch treu wiedergegeben. Bei der Verfassungsurkunde sind die Abänderungen und Zusätze der betreffenden Stelle angereiht und durch Angabe der Quelle hervorgehoben, während die dadurch aufgehobenen Stellen durch kleineren Druck markirt sind. Das sehr umfassende Register wird die Gesetze dem Gebrauche der weitesten Kreise zugängig machen.

Digitized by Google

Für Aerzte und Juristen.

Lehrbuch der gerichtlichen Medicin

von **Prof. etc. Dr. Ernst Buchner.**

gr. 8. 29 Bogen. Brosch. fl. 3. 36 kr. oder 2 Thlr. 4 Ngr.

Verlag von Jos. Ant. Finsterlin in München.

Dieses neueste Lehrbuch, bearbeitet nach dem jetzigen Standpunkte, den die ärztliche Wissenschaft und die Gesetzgebung eingenommen, ist mit ca. 90 Fällen, theils aus der Praxis des Verfassers, theils aus dem Medicinal-Comité München, versehen und wird sowohl Gerichtsärzten, wie jedem Mediciner und Juristen von sicherem practischen Nutzen sein.

Tübingen. Im Verlage der H. Laupp'schen Buchhandlung ist soeben erschienen:

Die Verfassung des norddeutschen Bundes und die süddeutsche insbesondere die württembergische Freiheit.

Von R. Römer,

Professor an der Universität Tübingen.

Dritte Auflage.

gr. 8. broch. — 48 kr. — 15 Ngr.

So eben erschien bei **H. Böhlau** in **Weimar:**

Aus Rom und Byzanz.

Vorträge

von **A. Danz,**

O.-Appell.-Gerichtsrathe u. Professor in Jena.

Preis 28 Sgr.

Inhalt: Ein Tag im römischen Circus — Bäder und Badeleben in Rom. — Anfang und Ende der Gladiatorenkämpfe. — Das Hofceremoniell der byzantinischen Kaiserzeit. — Ein Aufruhr der Parteien im Circus.

Für Juristen.

In allen Buchhandlungen zu haben:

Die Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten.

Zwei Abhandlungen aus dem gemeinen Rechte von Dr. **Gustav Hartmann,** Privatdocenten in Göttingen.

gr. 8. Velinpap. (188 S.) broch. 28 Sgr.

Verlag der Hofbuchhandlung von **Ed. Leibrock** in Braunschweig.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868. Samstag, den 10. Oktober. Nr. 3.

In der Verlagshandlung dieser Zeitschrift ist so eben erschienen und in jeder Buchhandlung vorräthig:

Gesetz über den Malzaufschlag

vom 16. Mai 1868

erläutert von **Ludwig May**, k. Regierungsrath.

Erstes Heft (Art. 1—20).

Lex.-8. (208 Seiten) geh. 1 fl. 40 kr. rhn. oder 1 Thr. 2 Ngr.

Die Fortsetzung dieses Kommentars ist unter der Presse und erhielten die Herren Abonnenten auf die „Gesetzgebung Bayerns, fortg. v. Dr. **v. Pözl**," welche alle neuen Gesetze, demnächst die neue auch in besonderen Abdrücken erscheinende **Sozialgesetzgebung**, kommentirt, die erwähnte 1. Lieferung als 1. Heft von Bd. VI Thl. II.

Verlag von J. Guttentag in Berlin.

Soeben sind erschienen:

Bremer, Dr. F. P., **Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreich.** 102 S. Geh. 20 Sgr.

Koch, R., **Zur Reform des Preußischen Concurs-Rechts.** IV. 115 S. 20 Sgr.

Parisius, L. (Gardelegen), **Das Genossenschaftsgesetz für den Norddeutschen Bund** vom 4. Juli 1868. Ergänzungsschrift zu dem Buche über das Preußische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 27. März 1867. VIII. 50 S. Geh. 10 Sgr.

Ueber die Befugniß der ordentlichen Gerichte zur straf- und civilrechtlichen Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen nach Preußischem Recht. Von einem Preußischen Richter. 61 S. Geh. 12 Sgr.

Im Verlage der **Roßberg**'schen Buchhandlung in Leipzig ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Correalobligationen

nach

römischem, gemeinem und sächsischem Rechte.

Von

Dr. **Eduard Siebenhaar**,

K. S. Oberappellationsrath, Comthur des K. S. Civilverdienstordens ꝛc. ꝛc.

1868. Preis 2 Thlr. 7½ Ngr.

Die

Familienanwartschaft

nach

dem neuesten sächsischen Rechte.

Erläuterungen

zu den §§. 2527 bis 2541

des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen

von

Dr. **Otto Freiesleben.**

1868. Preis 22½ Ngr.

Durch alle Buchhandlungen ist zu beziehen:

Des Lahrer Hinkenden Boten

Illustrirte Dorfzeitung.

VI. Jahrgang. Oktober 1867—Oktober 1868.

Wöchentlich eine Nummer oder monatlich ein Heft. Preis vierteljährlich 10½ Sgr. = 36 kr. Gratis-Prämie: **Der Kindheit Morgen** (Stahlstich.)

„Was Tendenz, Auswahl, Darstellungsform des Gebotenen betrifft, gehört diese Zeitung zu den allerbesten, die wir haben und zugleich zu den allerbilligsten, die Illustrationen sind trefflich gezeichnet und der Schnitt markig gehalten."

Professor C. A. Roßmäßler.

Alle Postanstalten liefern das Blatt ebenfalls, jedoch mit dem üblichen Aufschlag.

Verlag von **J. H. Geiger** (**Moritz Schauenburg**) Lahr.

Digitized by Google

Neuer juriſtiſcher Verlag

von **H. Böhlau** in **Weimar.**

So eben erſchien:

Pernice, A., Privatdocent an der Univ. Halle, Zur Lehre von den Sachbeſchädigungen nach römiſchem Rechte. 1 Thlr. 10 Sgr.

Rebling, E., Appell.-Ger.-Rath zu Eiſenach, Spruchpraxis des Appellationsgerichtes zu Eiſenach. I. Band. 1. Heft. 25 Sgr.

Regelsberger, Fr., Prof. an der Hochſchule Zürich, Civilrechtliche Erörterungen. I. A. u. d. T.: Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebſt der Lehre von der Verſteigerung und von der Auslobung. Eine gemeinrechtliche Unterſuchung unter Berückſichtigung der neueren deutſchen Geſetzgebungen insbeſondere des allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuches. 1 Thlr. 10 Sgr.

Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte. Herausgegeben von Dr. Rudorff und Dr. Bruns in Berlin, Dr. Roth in München und Dr. Böhlau in Roſtock. VII Band. 1. Heft. Preis des Bandes 3 Thlr.

Im Laufe dieſes Jahres erſchien:

Bethmann-Hollweg, M. A. von, Erinnerungen an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Chriſt. 10 Sgr.

Franklin, O., Professor an der Univers. zu Greifswald, Das Reichshofgericht im Mittelalter. Geſchichte, Verfaſſung, Verfahren, Rechtsprechung. I. Bd. 2 Thr.

Sohm, R., Privatdoc. an der Univerſ. Göttingen. Der Proceß der Lex Salica. 1 Thlr. 6 Sgr.

Bei **Wilhelm Lauffer** in **Peſt** iſt erſchienen:

Télfy Joannes Bapt. Advocatus, studia antiquitatis in universitati literarum Hungarica publice profitius Corpus juris attici graece et latine. E fontibus composuit commentario indicibusque instruxit. 42^3 Bogen gross Lex.-Format. Rthlr. 5. 10 Sgr.

Seit Petitus leges atticae Leyden 1741 (längſt vergriffen) erſchien kein ähnliches Werk. Das Werk von Petitus enthielt 500, das vorliegende des Prof. Télfy 1587 Geſetzes-Nos.

Digitized by Google

Im Verlage von J. Schneider in Mannheim ist soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Wechsellehre
für
Schule und Volk.

Nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung, den Erläuterungen der Rechtsgelehrten und den Nürnberger Conferenzprotokollen, bearbeitet
von
L. Baumblatt,
Kgl. Lehrer der Handelswissenschaft an der Kreisgewerbschule zu Kaiserslautern.
gr. 8°. geh. Preis 24 Sgr. = 1 fl. 24 kr. rhn.

Die Schrift hat den Zweck, das Verständniß der allgemeinen deutschen Wechselordnung in alle bürgerlichen Kreise zu tragen, welche seit Einführung derselben zu Wechselhandlungen befähigt sind, um sie dadurch vor etwaigen Gefahren zu schützen. Es soll aber auch als Leitfaden dienen für den Unterricht in Handels- und Gewerbeschulen, welchen der Verfasser selbst seit langen Jahren mit Erfolg ausübt.

Dr. G. H. v. Schubert's erzählende Schriften,

welche durch ihren reichen Gehalt an Gemüth und Geist verbunden mit ächt christlicher Darstellungsweise sich zu **Weihnachtsgeschenken** für jeden Stand und jedes Alter vorzüglich eignen, können in 7 Bänden durch jede Buchhandlung um $5^4/_5$ Thlr. oder $9^2/_3$ fl. rhn. bezogen werden und stehen Verzeichnisse der bei **Palm & Enke** in **Erlangen** erschienenen auch einzeln verkäuflichen Werke dieses gefeierten Schriftstellers, dessen letztes größeres Werk, seine **Selbstbiographie** (Preis $6^3/_5$ Thlr. oder $11^4/_5$ fl. rhn.), ein kompetenter Beurtheiler treffend als ein „monumentum aere perennius für alle Zeiten" bezeichnet, zu Diensten.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google